

# LA NEGATIVA DE VENTA NO ES CONTRARIA AL DERECHO DE LA COMPETENCIA CUANDO RESPONDE A LA RACIONALIDAD ECONÓMICA

JOAQUÍN ARTÉS

Universidad Complutense

AMADEO PETITBO<sup>1</sup>

Universidad Complutense

## 1. INTRODUCCIÓN

El pasado día 2 de febrero, el magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona desestimó la demanda interpuesta por dos empresas distribuidoras mayoristas de productos farmacéuticos (en adelante, mayoristas) contra un grupo de laboratorios farmacéuticos (en adelante, laboratorios).

El objeto del litigio se centraba en la repentina negativa de los laboratorios a vender sus productos a las demandantes alegando la necesidad de reestructurar su sistema de distribución para alcanzar, según alegaba una de las empresas farmacéuticas, los objetivos de «racionalidad, eficacia y rentabilidad requeridos».

Las demandantes solicitaban que se condenase a los laboratorios por incurrir en competencia desleal. Se amparaban para ello en los art. 5, 14, 15 y 16 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD), y en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios (L29/2006), y el Real Decreto 2259/1994, que contemplan el derecho al suministro a los distribuidores mayoristas.

Asimismo, las demandantes consideraban que las demandadas habían incurrido en una práctica concertada y en un abuso de posición de dominio, prohibidos por los art. 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). Las actoras apoyaban esta consideración en la coincidencia en el tiempo

1. Actuó como perito a instancia de uno de los laboratorios farmacéuticos demandados.

de la negativa de suministro de los laboratorios demandados y en la necesidad de los mayoristas de contar con los medicamentos para poder llevar a cabo su actividad.

La Sentencia da la razón a los laboratorios, desestimando cada una de las pretensiones de las actoras. Tras los argumentos jurídicos utilizados en la sentencia para desestimar la demanda subyace una argumentación económica contundente. El objetivo de este trabajo es explicar dicha lógica económica y poner de manifiesto que la negativa a vender puede no sólo no ser perjudicial para la competencia en los mercados sino que, en ocasiones, es beneficiosa y debe, en esos casos, autorizarse. En este sentido, este trabajo constituye una muestra de que los análisis económico y jurídico, en aquellos asuntos relacionados con el derecho de la competencia, son mutuamente complementarios.

Para conseguir este objetivo se partirá de una breve descripción de los argumentos jurídicos utilizados por el Magistrado en la Sentencia. A continuación, se dedica un apartado a la descripción del funcionamiento del mercado de productos farmacéuticos y del ciclo del medicamento. En la cuarta sección del trabajo se parte del concepto de economías de escala para explicar por qué resulta conveniente la reducción del número de operadores en el mercado de distribución de productos farmacéuticos español. En la siguiente sección se utiliza la teoría de la estrategia empresarial y, en concreto, las conclusiones de la misma respecto a la gestión óptima de clientes para explicar por qué la racionalidad económica recomendaba a los laboratorios reducir el número de distribuidores a los que vendían sus productos. Una vez revisados los argumentos económicos que recomiendan la selección de clientes, se dedica un apartado a poner de manifiesto las condiciones que, desde el punto de vista económico, deben darse para que dicha selección tenga efectos perjudiciales para la competencia. Finalmente, se resumen en el último apartado del trabajo las principales conclusiones.

## 2. EL PRONUNCIAMIENTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE BARCELONA

La Sentencia 56/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona acepta como hechos probados que existió una negativa de venta por parte de los laboratorios demandados y que dicha negativa coincidió en el tiempo, puesto que desde la negativa de suministro del primer laboratorio hasta la del último transcurrió, aproximadamente, un año. En la sentencia aludida también se considera un hecho probado que no existen obstáculos legales o contractuales que impidan que las demandantes puedan abastecerse por otros medios<sup>2</sup> aunque, según el magistrado, «es muy difícil mantenerse en el mercado de la distribución de medicamentos sin

2. Otros distribuidores mayoristas, por ejemplo.

contar con los productos de las demandadas o debiendo proveerse, con la consiguiente pérdida de competitividad, de suministros de otros mayoristas».

Tras describir estos hechos, la sentencia entra a valorar cada una de las alegaciones de las actoras que se apoyan, todas ellas, en la consideración de la existencia de un supuesto derecho de suministro por parte de los almacenes mayoristas que vendría recogido en los artículos 2, 64.1, apartado c) y 70 L29/2006, así como en el artículo 1 del Real Decreto 2259/1994. Dichas alegaciones pueden resumirse en cinco. En primer lugar, alegan las demandantes que los laboratorios demandados, con su negativa de venta, habrían incurrido en la conducta desleal descrita en el artículo 15 LCD que considera desleal «la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial». En segundo lugar, la negativa de venta es considerada por las demandantes como contraria al artículo 5 de la propia LCD por carecer de justificación objetiva. En tercer lugar, consideran las demandantes que la intención de la negativa de venta es eliminar a las actoras como competidoras, lo que entraría dentro la conducta desleal descrita en el artículo 14 LCD. Por otro lado, las demandantes consideran infringido el artículo 16 LCD, ya que consideran que los laboratorios, con su conducta, estarían explotando la situación de dependencia económica en que se encuentran los mayoristas respecto de aquellos. Finalmente, las demandantes alegan la existencia de concertación y abuso de posición de dominio entre las demandadas, lo que sería contrario a los artículos 1 y 2 LDC.

Con las anteriores consideraciones como referencia, el fondo del asunto conduce a determinar de forma inequívoca si los mayoristas gozan de un derecho al suministro por parte de los laboratorios. En relación con esta cuestión, argumenta el magistrado que no parece que la L29/2006 «imponga a los laboratorios la obligación de suministrar sus productos a cualquier mayorista que lo solicite, pues ello resulta incompatible con la previsión del artículo 68 de la misma Ley de permitir la distribución de los medicamentos directamente por el laboratorio a las oficinas de farmacia».<sup>3</sup>

Refuerza la apreciación anterior el art. 1.3. del citado Real Decreto 2259/1994 según el cual «la mediación de los almacenes mayoristas en la distribución de especialidades farmacéuticas y sustancias medicinales es libre y voluntaria, conforme a lo establecido en el artículo 77 de la Ley 5/190, de 20 de diciembre, del Medicamento». Sobre la base de estos principios, el magistrado concluye, de forma contundente, que «Si la Ley permite a los laboratorios la distribución directa de sus especialidades a las oficinas de farmacia, con exclusión de todo mayorista, habrá que concluir que también pueden seleccionar a unos prescindiendo de otros».<sup>4</sup>

3. El art. 68 de la L29/2006 establece que «La distribución de medicamentos autorizados se realizará... directamente por el laboratorio titular de la autorización de comercialización de los mismos». En consecuencia, el laboratorio debidamente autorizado está habilitado para fabricar, distribuir directamente y, por supuesto, exportar.

4. Este argumento se alinea con el sostenido en la Sentencia de 4 de mayo de 2007 dictada por el Juzgado de

Asimismo, en relación con esta cuestión, el TDC ha sido contundente: «la legislación prevé la posibilidad, pero no la obligación, de que se utilice la mediación de almacenes mayoristas para facilitar la distribución de los productos desde los laboratorios fabricantes y los importadores a las oficinas de farmacia». En otros términos, los laboratorios pueden participar en la actividad de distribución mayorista de medicamentos sin que dicha participación pueda ser interpretada como contraria, *per se*, a las normas de defensa de la competencia.<sup>5</sup>

Como consecuencia de lo anterior, el magistrado concluye que las demandadas no han infringido norma jurídica alguna. En consecuencia, a juicio del magistrado, deja de tener sentido la invocación de las demandantes al artículo 15 LCD y la eventual incardinación de la L29/2006 en el derecho de la competencia.

En referencia a la posible infracción del artículo 5 LCD por la ausencia de justificación objetiva en la negativa de venta, el magistrado se apoya en la Sentencia de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de noviembre de 2008, y en sendas decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC)<sup>6</sup> y de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC),<sup>7</sup> al sostener que «aun cuando la conducta de las demandadas ha interferido en el desarrollo de la actividad de las actoras y ha cercenado su posición competitiva en el mercado, no puede sostenerse que carezca de justificación objetiva». Dicha justificación se encuentra en la afirmación de la CNC en el sentido de que «las relaciones comerciales con un número elevado de mayoristas complicaban la obtención de los datos sobre dispensación y podía ser una explicación de la reducción del número de mayoristas con los que mantenían relaciones comerciales». En relación con este punto, la sentencia recuerda la del Tribunal Supremo (TS) de 24 de noviembre de 2006 que sostiene, irreprochablemente, que «no debe reprimirse con el mero apoyo de límites éticos una conducta que se revele concurrencialmente eficiente, que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado».

El magistrado resuelve rápidamente las alegaciones de las actoras en relación con los arts. 14 y 14.2 LCD por falta de sentido de los argumentos empleados. Sin embargo, merece atención la referencia al abuso de posición de dependencia, figura recogida en el art. 16 LCD, por ser invocada en este caso y en otros relacionados con el sector de la distribución comercial. En relación con esta cuestión, la sala que

---

Primera Instancia nº 6 de Alcobendas, confirmada por la Sentencia de la Sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de abril de 2008.

5. Informe. Expediente de concentración económica C) 96/06 *Cofares/Hefame* (en adelante COFAME), 6 de junio de 2006.
6. Expediente de concentración económica COFAME.
7. Resolución de 25 de septiembre de 2008. En dicha resolución, la CNC admite que la conducta de las demandadas podría obedecer a la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 100 de la Ley 25/1990 y al art. 90 de la Ley 29/2006, que limitan la intervención administrativa sobre los precios exclusivamente a los medicamentos susceptibles de financiación pública que se dispensen en España.

entiende del caso analizado tiene establecido que «la situación de dependencia económica se caracteriza como aquella en la que, dado el poder de mercado de que goza una empresa, los clientes o proveedores carecen de alternativa equivalente para el desarrollo de su actividad en el mercado». De hecho, las demandadas contaban con cuotas de mercado que oscilaban entre el 6,1 % y el 3,3 %, porcentajes poco relevantes que no podían determinar una situación de dependencia económica.

Además, según el magistrado, «no parece que pueda imponerse la continuación de una relación de suministro, de la que se pueda libremente desistir, como único remedio para eludir un comportamiento desleal, máxime cuando la decisión de desistir obedece a razones objetivas y tiene una explicación empresarial». En consecuencia, se descarta la aplicación del art. 16.2 LCD.

Finalmente, en relación con las infracciones a la LDC, el magistrado interpreta los hechos desde la perspectiva del análisis económico aunque no invoque explícitamente dicho análisis. En efecto, en relación con la denuncia por práctica concertada o conducta conscientemente paralela, sostiene que aunque se haya acreditado una coincidencia de comportamientos entre las demandadas y la regulación de la competencia, prohíbe cualquier conducta colusoria que pueda falsear el juego de la competencia, y no se excluye «el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento real o previsible de sus competidores» cuando dicho comportamiento conduzca a la eficacia.<sup>8</sup> Algo de sentido común, pues no tendría justificación observar cómo un competidor aborda conductas que se traducen en ventajas competitivas sin seguir su conducta intentando, incluso, mejorarla. Prohibir esta conducta adaptativa, con independencia del eventual paralelismo, sería equivalente a prohibir la adopción de conductas competitivas eficientes, lo que estaría fuera de la racionalidad económica. De hecho, el paralelismo es sólo condición necesaria aunque no es condición suficiente para ser considerado un ilícito, pues en la conducta de las demandadas «existe una explicación admisible distinta de la concertación».

Por otro lado, en relación con el último punto alegado por las demandantes, la denuncia por abuso de posición de dominio decae por falta de precisión de la demanda. En consecuencia, en el contexto actual carece de sentido hacer cualquier comentario al respecto.

La sentencia resulta impecable. Tras la desestimación de cada una de las pretensiones de las demandantes por parte del magistrado existe una lógica económica muy sólida. Si bien dicha sentencia no profundiza en dicha lógica, resulta innegable que la argumentación jurídica empleada por el magistrado es perfectamente congruente con la teoría económica. En los apartados que siguen se tratará de explicar con precisión la lógica económica subyacente tras cada uno de los argumentos jurídicos

8. Véanse las Sentencias del TJCE de 16 de diciembre de 1975 y de 14 de julio de 1981, mencionadas en la sentencia que se analiza.

### 3. EL CICLO DEL MEDICAMENTO Y LOS COSTES DE INTERMEDIACIÓN

El objetivo del presente apartado es describir brevemente los aspectos fundamentales del ciclo del medicamento en los campos de la producción y de la distribución (mayorista y minorista), haciendo especial énfasis en aquellas cuestiones que ayuden a comprender el objeto de la sentencia descrita anteriormente.

De acuerdo con la regulación española, el ciclo del medicamento empieza por la investigación y posterior fabricación de medicamentos por los laboratorios y termina con su dispensación en las oficinas de farmacia, o farmacias comunitarias (en adelante, OF), o en los servicios farmacéuticos hospitalarios, fundamentalmente. Entre ambos extremos se interpone la distribución mayorista. Los extremos son las fuerzas relevantes. El punto intermedio podría ser –total o parcialmente– prescindible, pues los laboratorios pueden distribuir directamente los medicamentos a las OF y, por lo tanto, éstas pueden aprovisionarse directamente de los laboratorios.

Históricamente, al amparo de los elevados márgenes –prácticamente sin riesgo–<sup>9</sup> percibidos por los distribuidores mayoristas y minoristas y por las facilidades y beneficios adicionales que suponía la figura del intermediario mayorista para los propietarios de las OF, éstos proliferaron, extendiéndose por la geografía española dando lugar a una estructura minifundista que, como se verá, es la fuente de muchas de las ineficiencias existentes en este sector.

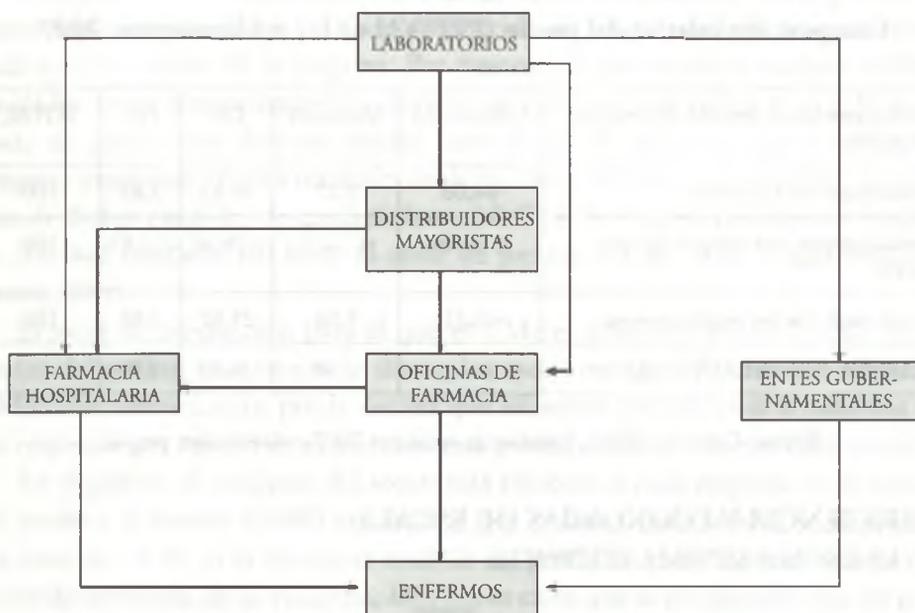
El factor relevante de la estructura de distribución actual reside en el hecho de que, en una proporción elevada, los propietarios de las OF son propietarios, a la vez, de una proporción, también elevada, de las empresas mayoristas.<sup>10</sup> El resultado es que las OF, además del margen de beneficio establecido mediante la correspondiente regulación, se apropian de la parte alícuota que les corresponde como propietarios de una fracción de los centros mayoristas.

De esta forma, el proceso de distribución se articula sobre la base de la integración vertical entre mayoristas y propietarios de las OF, alterando las condiciones que deben inspirar el funcionamiento de un mercado plenamente competitivo.

Un resumen del ciclo del medicamento se presenta en el gráfico 1.

Desde el punto de vista económico, lo relevante del sistema actual de distribución de medicamentos es que los costes de intermediación (mayorista y minorista) son elevados. El tema no es nuevo. Con datos referidos a principios de los años noventa, no muy distintos de los actuales, el TDC<sup>11</sup> sostuvo que «El análisis de la

9. El riesgo asumido por los distribuidores mayoristas y minoristas es reducido; prácticamente nulo. En cambio, el riesgo de los laboratorios es elevado, pues deben combinar la incertidumbre acerca de los resultados de las investigaciones iniciadas –cuyo coste es elevado en términos económicos y de tiempo– con el hecho de rentabilizar las patentes en el período de tiempo establecido por la regulación.
10. Este es un hecho singular. Como ha señalado el presidente del Consejo Oficial de Colegios de Farmacéuticos, «en ningún país del mundo el 80 por ciento de la distribución está en manos de farmacéuticos».
11. Tribunal de Defensa de la Competencia. 1995. *La competencia en España: balance y nuevas propuestas*. Ministerio de Economía y Hacienda. Secretaría de Estado de Economía.

**Gráfico 1. El ciclo del medicamento**

Nota: Los porcentajes son aproximados

Fuente: IMS y Farmaindustria (2004)

estructura del precio de los medicamentos muestra la relevancia de los costes de intermediación comercial en el proceso de distribución de medicamentos».

De acuerdo con el TDC, los márgenes de la distribución de medicamentos son claramente superiores a los que obtienen comerciantes que ofrecen productos similares. Este hecho explica por qué las grandes superficies y grandes almacenes están interesados en dicha actividad. Más particularmente, en relación con las OF, sostuvo el TDC que «Precisamente la amplitud de dicho margen es uno de los factores que permiten la introducción de competencia en el proceso de distribución de medicamentos, ya que deja espacio para el estrechamiento de márgenes que se producirá con la entrada de nuevos competidores y que ha de beneficiar, fundamentalmente, al consumidor».

Ciertamente, las últimas frases del informe del TDC se referían a las OF, pero en relación con los mayoristas también puede sostenerse que sus amplios márgenes —traducidos en elevados beneficios sin riesgo, incluso para empresas no eficientes— permiten una apertura a la competencia de la distribución mayorista que, a partir de un proceso de re-regulación que elimine aquellos aspectos ineficientes de la regulación actual y con la mirada puesta en la eficiencia, se traduzca en una organización más racional del proceso de distribución en beneficio de todos los agentes del sector y, en particular, de los enfermos y de las arcas públicas.

La composición relativa del precio del medicamento, que refleja cuanto se ha dicho, se presenta en la tabla 1.

**Tabla 1**  
**Composición relativa del precio (PVPIVA) de los medicamentos. 2007**

Medicamentos en función del margen de las OF	Laboratorio	Mayorista	OF	IVA	TOTAL
Medicamentos, en general	64,06	5,27	26,83	3,85	100
Medicamentos con margen fijo por envase	≥ 64,06	£ 5,27	£ 26,83	≥ 3,85	100
Precio medio de los medicamentos	65,21	5,08	25,87	3,85	100
<i>MARGEN SOBRE COSTE (%)</i>	–	7,08	36,80	4,00	

Fuente: Consejo (2009), Estadísticas sanitarias 2007 y elaboración propia

#### 4. EFICIENCIA Y ECONOMÍAS DE ESCALA

##### 4.1. LA ESCALA MÍNIMA EFICIENTE

En el apartado anterior se ha puesto de manifiesto que un problema potencial del sector de la distribución de productos farmacéuticos en España es su falta de eficiencia, debido, sobre todo, a la atomización del sector. En este apartado se profundiza en esta cuestión como paso previo para mostrar cómo la negativa de suministro puede tener efectos beneficiosos en términos de bienestar.

Una empresa o un sector económico pueden calificarse como eficientes cuando cada unidad vendida de un bien o servicio por dicha empresa o sector se produce con el menor coste posible. De forma similar, puede decirse que una empresa o sector pueden calificarse como ineficientes cuando es posible una reorganización de su actividad que permita producir la misma cantidad de bien o servicio con menores costes.

De acuerdo con el análisis económico universalmente aceptado, se dice que hay economías de escala cuando el coste medio (CMe) de producir una unidad de producto se reduce a medida que aumenta el volumen de producción o de ventas de la empresa.<sup>12</sup> Por lo tanto, una empresa que no alcanza los resultados derivados del aprovechamiento de las economías de escala es ineficiente.

El análisis de la conducta empresarial revela que la curva de CMe de una empresa tiene forma de U: para niveles bajos de producción, el CMe se reduce al aumentar la producción hasta llegar a un nivel de producción<sup>13</sup> para el cual el CMe de producción es el mínimo posible.<sup>14</sup> Paralelamente, a partir de un cierto volumen de producción,<sup>15</sup> los CMe de la empresa inician una senda ascendente.

12. Véase por ejemplo Carlton D.W.; Perloff, J.M. 2005. *Modern Industrial Organization*. Editorial Addison Wesley, p. 36 y ss.

13. 40.000 unidades en nuestra curva.

14. 10 € en nuestra curva.

15. 100.000 unidades en el gráfico.

El argumento se comprende mejor con la ayuda del gráfico 2. En el gráfico, la curva CMe representa los CMe de producción de una unidad de producto para cada nivel de ventas de la empresa. Por ejemplo, si una empresa produce 10.000 unidades de un determinado bien durante un año, como se refleja en el gráfico, el coste de producción de cada unidad sería de 20 €, mientras que si la misma empresa produjera 50.000 unidades de dicho bien, el coste de producción de cada una de dichas unidades descendería hasta 10 €. Si la empresa produjese y vendiese 200.000 unidades del bien, el coste de producción de cada unidad sería, de nuevo, 20 €.

El nivel de producción para el que el CMe es mínimo<sup>16</sup> refleja lo que, en el marco del análisis económico, se denomina escala mínima eficiente (en adelante, EME). En consecuencia, puede decirse que un sector será eficiente si cada una de las empresas que operan en el mercado está produciendo al mínimo CMe posible.

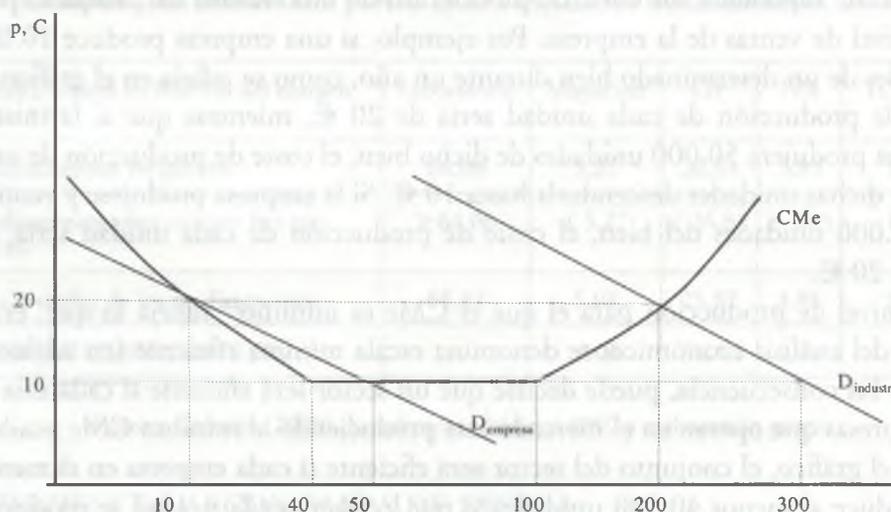
En el gráfico, el conjunto del sector será eficiente si cada empresa en el mercado produce al menos 40.000 unidades y, por lo tanto, cada unidad se produce a un coste de 10 €. Si la demanda total de ese producto viene representada por la curva de demanda de la industria,  $D_{\text{industria}}$ , es claro que si el regulador fija un precio de 10 € se demandarán 300.000 unidades de producto. Si las empresas individuales (cuya demanda es  $D_{\text{empresa}}$ ) operan en la EME, producirían 50.000 unidades, y en el mercado sólo habrá lugar para 6 empresas eficientes. Cualquier otra situación reflejaría la existencia de ineficiencias que se traducirían en CMe superiores y menor competitividad empresarial.

Si el mercado fuera ineficiente, ocurriría que algunas empresas estarían vendiendo menos de 40.000 unidades y, por lo tanto, estarían produciendo a un CMe más elevado que el coste mínimo de 10 €.

De acuerdo con el razonamiento anterior, si el mercado está muy fragmentado y en el mismo operan muchas empresas de pequeña dimensión que, por ejemplo, producen 10.000 unidades anuales cada una a un CMe de 20 €, estas empresas sólo pueden subsistir si el regulador fija un precio de 20 € o superior. A un precio de 20 € la demanda total del mercado es de 200.000 unidades. Si hay una única empresa eficiente en este mercado que produce 50.000 unidades/año, habrá entonces espacio para otras 15 empresas pequeñas e ineficientes, de forma que, por ejemplo, cada empresa pequeña puede producir 10.000 unidades/año. Las empresas pequeñas cubrirían sus costes, mientras que la empresa grande, eficiente, estaría obteniendo un beneficio extraordinario de 10 € por cada unidad vendida.

Este ejemplo pone de manifiesto que si en el mercado operan muchas empresas produciendo una cantidad inferior a la correspondiente a la EME, el resultado final es peor para los consumidores en comparación con una situación en la que operaran sólo seis empresas que produjeran una cantidad de producto equivalente al nivel eficiente de 50.000 unidades/año cada una.

16. A partir de 40.000 unidades de producción en el gráfico.

**Gráfico 2. Escala mínima eficiente. €, miles de unidades /año**

Por lo tanto, en los mercados en los que se registran economías de escala, la reducción del número de empresas mediante la concentración de empresas pequeñas y su transformación en otras de mayor dimensión son convenientes. El propio mercado, en ausencia de una regulación ineficiente, dirige la evolución de las empresas hacia la EME.

#### 4.2. LA ELEVADA FRAGMENTACIÓN EMPRESARIAL PUEDE IMPEDIR EL APROVECHAMIENTO DE LAS ECONOMÍAS DE ESCALA. EL CASO DEL SECTOR DE LA DISTRIBUCIÓN MAYORISTA DE MEDICAMENTOS EN ESPAÑA

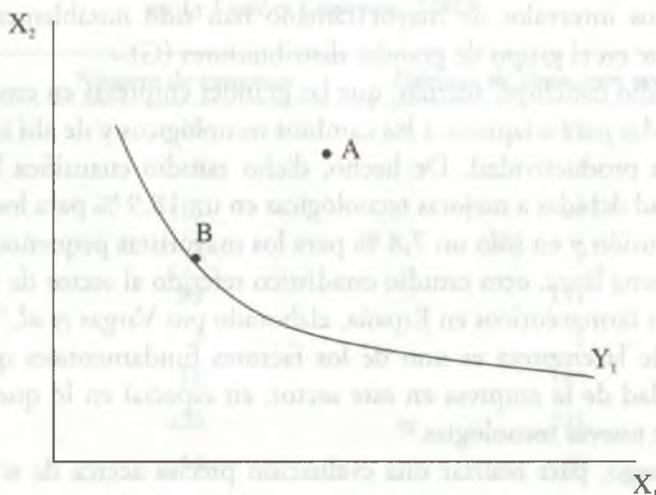
Los economistas utilizan varias herramientas para comprobar si en un sector hay demasiadas empresas y si, por lo tanto, el sector es ineficiente. Las herramientas más sofisticadas utilizan complejas técnicas econométricas para comprobar si existen economías de escala; es decir, si las empresas más grandes son las más eficientes.

Entre las técnicas utilizadas, destaca el Análisis Envoltente de Datos (AED) por ser una de las más habituales.

El AED permite clasificar a las empresas de un determinado sector en función de su eficiencia. De acuerdo con dicho análisis, para determinar qué empresas son las más eficientes se estudia estadísticamente cuál es el uso de los factores de producción por cada empresa y a cuánto ascienden las ventas. Esta técnica permite calcular cuál es la combinación óptima de factores para las empresas que operan en este sector (frontera técnica). Cuanto más lejos se encuentre una empresa de la combinación óptima de factores más ineficiente será.

Para comprender mejor en qué consiste esta técnica puede acudir al gráfico 3.

Gráfico 3.



En este gráfico,<sup>17</sup> los ejes representan distintas cantidades de los factores de producción  $X_1$  y  $X_2$ . La línea  $Y_1$  representa las distintas combinaciones óptimas de factores que permiten obtener un nivel de producción  $Y_1$ . Si, por ejemplo, una empresa se encuentra el punto A, está utilizando más cantidad de factores  $X_1$  y  $X_2$  de lo que sería necesario puesto que podría desplazarse a otro punto, como el B, en el que produce la misma cantidad  $Y_1$  pero utilizando menor cantidad de ambos factores. Por lo tanto, una empresa que se encuentre en el punto A es ineficiente, mientras que las empresas que se encuentran en la frontera (en la línea  $Y_1$ ) son eficientes.

El AED permite calcular la frontera y la distancia de cada empresa hasta la frontera de producción óptima. Una vez calculada la ineficiencia, se estudia si esta ineficiencia se debe a la existencia de economías de escala en el sector. Si las empresas más eficientes, según esta clasificación, son, también, las más grandes, puede sostenerse que el sector cuenta con economías de escala.

En el caso del sector de la distribución farmacéutica mayorista en España, el AED se ha utilizado para evaluar si existen economías de escala.<sup>18</sup> En el estudio de Gascón y González Fidalgo se concluye claramente que las grandes empresas del sector de la distribución mayorista de productos farmacéuticos son mucho más eficientes. En concreto, este estudio concluye que el sector ha aumentado su eficiencia en los últimos años, pero de forma asimétrica entre empresas grandes y pequeñas. En efecto, «... las variaciones en la productividad se han repartido con gran asimetría entre los distintos intervalos de tamaño. El grupo de pequeños

17. Para simplificar el análisis se supone que en el proceso productivo sólo intervienen dos factores de producción.

18. Gascón, F.; González Fidalgo, E. 2004. «Eficiencia y productividad de la distribución farmacéutica en España (1993-2000)». *Cuadernos Económicos ICE*, 67, p. 227-42.

distribuidores (P) ha sido el que menor incremento en la productividad media ha experimentado a lo largo del periodo 1993-2000, mientras que las variaciones medias en los intervalos de mayor tamaño han sido notablemente superiores, especialmente en el grupo de grandes distribuidores (G).»

Este estudio concluye, además, que las grandes empresas en este sector son las más preparadas para adaptarse a los cambios tecnológicos y de ahí su mayor incremento de la productividad. De hecho, dicho estudio cuantifica las mejoras de productividad debidas a mejoras tecnológicas en un 18,9 % para los mayoristas de mayor dimensión y en sólo un 7,8 % para los mayoristas pequeños.

En la misma línea, otro estudio estadístico referido al sector de la distribución de productos farmacéuticos en España, elaborado por Vargas *et al.*,<sup>19</sup> concluye que el tamaño de la empresa es uno de los factores fundamentales que explican la competitividad de la empresa en este sector, en especial en lo que se refiere a la adopción de nuevas tecnologías.<sup>20</sup>

Sin embargo, para realizar una evaluación precisa acerca de si el número de empresas en un sector es demasiado alto, también es habitual completar los estudios econométricos sofisticados con la comparación de indicadores de eficiencia y de estructura de mercado del sector con otros sectores similares. En el presente análisis resulta necesario comparar el sector de la distribución mayorista de medicamentos español con el mismo sector en países de nuestro entorno. Si el número de empresas en España es muy superior (el grado de concentración es mucho más bajo) en comparación con los correspondientes a los países de nuestro entorno, puede sostenerse que el sector en cuestión es menos eficiente o más ineficiente puesto que no se aprovechan adecuadamente las economías de escala.

En la tabla 2 se refleja el número de empresas distribuidoras en distintos países de la Unión Europea (en adelante, UE). De su simple observación se deduce claramente que el número de distribuidores en España se encuentra entre los más altos de todos los países de la UE. Frente a las 99 empresas distribuidoras mayoristas españolas, Francia contabiliza 10 empresas, Alemania 16 y el Reino Unido 12. Si se fija la atención en el ratio de concentración de las tres empresas de mayor dimensión en diversos países de la UE (gráfico 4), se puede comprobar que España es el país donde las empresas de mayor dimensión acumulan una menor cuota de mercado. Frente al 82 % de cuota de mercado de las tres primeras empresas francesas o el 62 % de las alemanas, en España sólo acumulan el 40 %.

En resumen, la consideración conjunta de la tabla 2 y el gráfico 4 muestra claramente que las empresas españolas dedicadas a la distribución mayorista de medicamentos operan a una escala menor en comparación con las de otros países

19. Vargas, A.; Hernández, M.J.; Brique, S. 2003. «Determinants of information technology competitive value. Evidence from a Western European industry». *Journal of High Technology Management Research*, 14, p. 245-68.

20. En concreto, en la página 257 del estudio, se concluye que los resultados muestran que el tamaño junto con el grado de competencia en la industria «explican gran parte de las diferencias en el nivel de competitividad» de las empresas en este sector.

**Tabla 2**  
**Distribución farmacéutica. Número de almacenes mayoristas**  
**en la Unión Europea. 2002.**

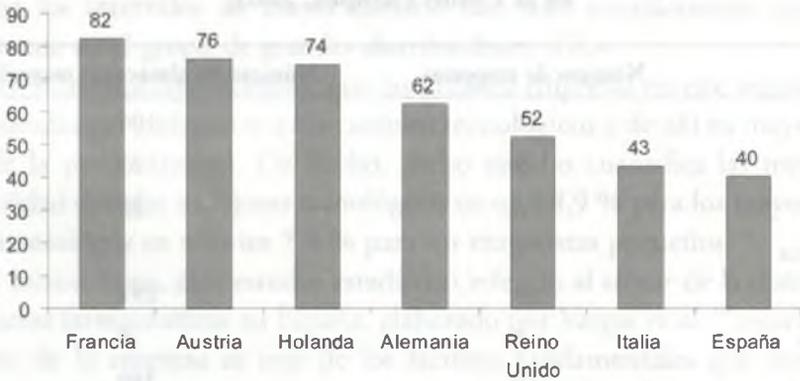
País	Número de empresas	Número de almacenes mayoristas
Alemania	16	104
Austria	9	23
Bélgica	13	28
Dinamarca	3	9
<b>España</b>	<b>99</b>	<b>191</b>
Finlandia	3	8
Francia	10	180
Grecia	120	131
Holanda	14	36
Irlanda	5	11
Italia	150	263
Luxemburgo	3	3
Noruega	3	7
Portugal	17	50
Reino Unido	12	59
Suecia	2	7
Suiza	6	14

Fuente: Farmaindustria (2004)

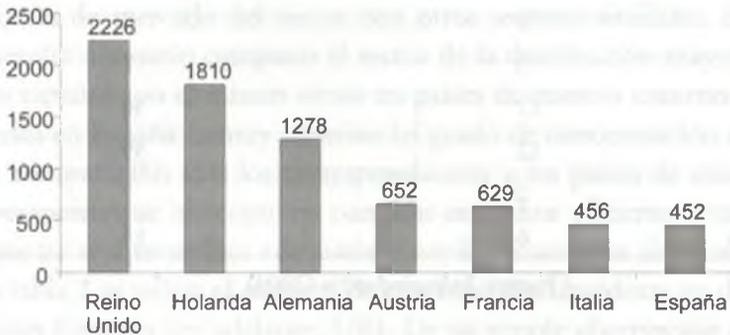
de nuestro entorno y, en consecuencia, cabe deducir que no aprovechan las ventajas de las economías de escala. Sus CMe, por lo tanto, son superiores en comparación con los que contabilizarían si dichas empresas alcanzaran la EME. Por lo tanto, en muchos casos, se trata de empresas no eficientes.

Otros datos refuerzan la conclusión anterior. En efecto, es posible argumentar que el mayor número de empresas hace que sea posible un mejor y más rápido abastecimiento a las OF, ya que al haber más empresas y más almacenes por habitante (gráfico 5) la capacidad total de almacenamiento en España es superior a la de otros países (gráfico 6). Sin embargo, los gráficos 5, 6 y 7 reflejan una situación distinta. En España hay más empresas, más almacenes y más capacidad de almacenamiento que en la mayoría de países de nuestro entorno. Pero el número de pedidos ejecutados inmediatamente después de su recepción (gráfico 7) es el más bajo de dichos países.

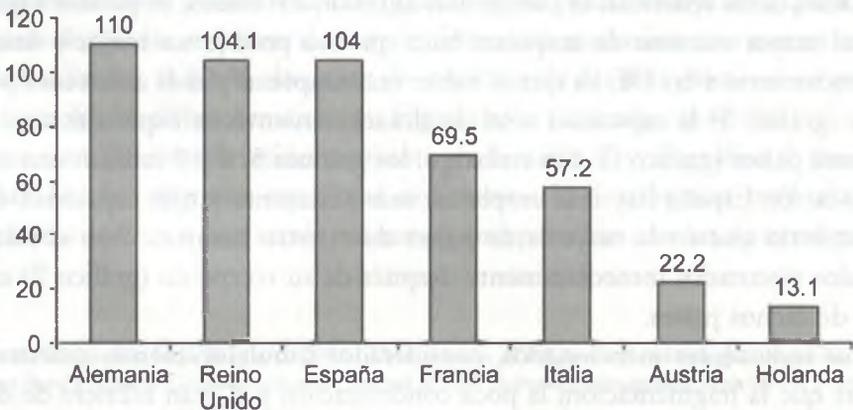
Los indicadores mencionados, considerados simultáneamente, muestran claramente que la fragmentación, la poca concentración y el gran número de distribuidores mayoristas en este mercado desembocan en una estructura ineficiente. En otros términos, en España, la elevada fragmentación del sector de la distribución

**Gráfico 4. Ratio de concentración (CR-3). 2004**

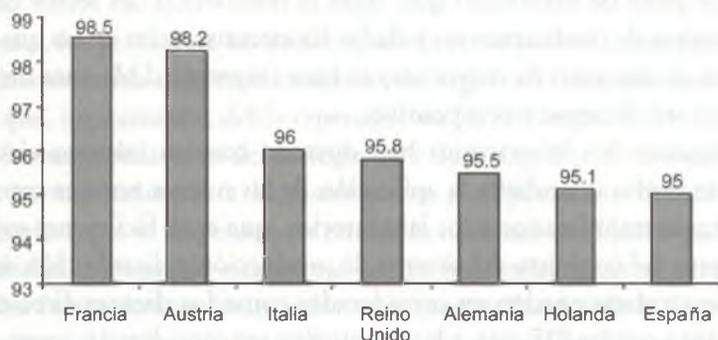
Fuente: Institute for Pharma-economics Research (2005)

**Gráfico 5. Número de habitantes por almacén. 2004**

Fuente: Institute for Pharma-economics Research (2005)

**Gráfico 6. Capacidad media de almacenamiento. Miles de m<sup>2</sup>. 2004**

Fuente: Institute for Pharma-economics Research (2005)

**Gráfico 7. Porcentaje de ejecución inmediata de pedidos. 2004**

Fuente: Institute for Pharma-economics Research (2005)

mayorista de medicamentos hace que las empresas no fijen sus objetivos en la escala eficiente. Es decir, el mismo nivel de ventas podría ser producido con un coste mucho menor si el mercado no estuviese tan fragmentado. En otros términos, hay demasiadas empresas que no alcanzan la EME y, por lo tanto, el sector es ineficiente.

En consecuencia, puede sostenerse que habría ganancias de eficiencia si aumentara el tamaño de las empresas españolas del sector de la distribución mayorista de medicamentos. Se confirman, por lo tanto, las conclusiones del análisis envoltante de datos.

Esta opinión es de aceptación general. Por citar un solo ejemplo, R. Jenny,<sup>21</sup> presidente de la Asociación Europea de Mayoristas Farmacéuticos (GIRD), ha sostenido que las empresas parecen decididas a profundizar en los procesos de concentración y que «la concentración es un proceso que está viviendo una consolidación intensa en la última década». Asimismo, R. Jenny prevé que «continuará en todos los mercados tanto como sea posible». Por su parte, el director general de Novafar sostiene<sup>22</sup> que la concentración «es la única vía para fortalecer y obtener una masa crítica adecuada que le permita ser competitiva».

Tales afirmaciones son una expresión inequívoca del convencimiento de que el número de mayoristas es excesivo y de que es necesaria una reducción del mismo con el fin de aprovechar adecuadamente las economías de escala como medio para mejorar la eficiencia en el proceso de distribución.

## 5. ESTRATEGIAS COMERCIALES EFICIENTES

En el apartado anterior se ha puesto de manifiesto que la modernización y reorganización del sector de la distribución mayorista tendría efectos positivos para el mercado de medicamentos español en todas sus fases, ya que tanto los laboratorios

21. Ver *Correo Farmacéutico*, 18-24 de julio de 2007.

22. *Ibidem*.

como los enfermos destinatarios de los medicamentos saldrían beneficiados. En este apartado se pone de manifiesto que, dada la ineficiencia del sector de la distribución mayorista de medicamentos y dadas las circunstancias en las que operan los laboratorios, la selección de mayoristas se hace imprescindible para un laboratorio que quiera ser eficiente y competitivo.

Tradicionalmente, los laboratorios han operado con un número elevado de mayoristas. Este hecho dificultaba la aplicación de las nuevas normas reguladoras e imponía costes extraordinarios a los laboratorios, que eran fácilmente evitables.

En el contexto del conjunto del sistema de producción y distribución de medicamentos, los mayoristas pueden ser considerados como los clientes directos de los laboratorios, junto con las OF que, a la vez, pueden ser consideradas como clientes indirectos.

### 5.1. LAS MODERNAS ESTRATEGIAS EMPRESARIALES Y LA BÚSQUEDA DE LA ESTRATEGIA COMERCIAL ÓPTIMA

Las modernas estrategias empresariales tienen como objetivo la creación de valor para los accionistas, los clientes y los ciudadanos destinatarios de los bienes y servicios ofrecidos por las empresas. El análisis estratégico de las empresas incluye, como tema relevante, la gestión de los clientes. Muchos autores han abordado estas cuestiones, pues el asunto es importante en las modernas economías de mercado industrializadas. Kaplan y Norton,<sup>23</sup> por ejemplo, sostienen que «La gestión de clientes refleja buena parte de todo lo que es nuevo en la estrategia comercial moderna».

En las visiones modernas de la estrategia empresarial, los clientes no son considerados como átomos independientes de la gestión empresarial. Como sostienen Kaplan y Norton, «En la actualidad, los clientes lanzan transacciones y muestran el camino a seguir en lugar de reaccionar a las campañas de marketing o ventas». Es decir, los clientes ahora no son considerados elementos pasivos, sino agentes activos que colaboran con la dirección de las empresas para que éstas alcancen sus objetivos.

En consecuencia, puede sostenerse que, en el pasado, la estrategia tradicional de los laboratorios en relación con los mayoristas de sus productos no coincidía con las recomendaciones de los expertos en estrategia comercial, especialmente tras las modificaciones normativas recientes que limitan la aplicación del precio intervenido de los medicamentos a determinados supuestos específicos previstos en la ley.

En este nuevo contexto, las referencias en el proceso de toma de decisiones para definir la estrategia comercial óptima son: a) liberalización parcial de los precios de los medicamentos; b) abandono del sistema tradicional y abastecimiento del mercado, y c) racionalidad del sistema de distribución.

23. Kaplan, R.S.; Norton, D.P. 2004. *Mapas estratégicos. Convirtiendo los activos intangibles en resultados tangibles*. Ediciones Gestión 2000.

*a) Liberalización parcial del precio de los medicamentos: precios intervenidos y precios libres.*

En España, los precios de los medicamentos están sujetos a una rigurosa intervención administrativa que, recientemente, ha registrado una relevante liberalización parcial que, lógicamente, debía repercutir en las estrategias de los laboratorios. En efecto, la nueva redacción del artículo 100 de la Ley 25/1990 estableció que «Los precios correspondientes a la distribución y dispensación de las especialidades farmacéuticas que se dispensen en territorio nacional son fijados por el Gobierno». La autoridad responsable establece el precio industrial máximo para aquellas especialidades farmacéuticas financiadas «con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad» y, de éstas, aquéllas dispensadas en territorio español. Las dudas, incertidumbres y controversias que suscitó el texto de este artículo fueron despejadas por el artículo 90 L29/2006 que derogó y sustituyó a la Ley 25/1990 reiterando la redacción del anterior precepto. En consecuencia, se confirma que aquellos medicamentos no susceptibles de financiación pública o no dispensados en España tienen un precio libre.

*b) Abandono parcial del sistema de gestión de clientes tradicional y abastecimiento del mercado.*

Desde la perspectiva de la eficiencia empresarial, los laboratorios no deben ser ajenos a las nuevas posibilidades abiertas por la incipiente y parcial liberalización de los precios. Tampoco deben serlo en relación con el abastecimiento del mercado.

Los laboratorios habían organizado su estrategia comercial sobre la base de ventas sucesivas sobre pedido y emisión de la correspondiente factura tras la entrega de los medicamentos. Como ha sido reiteradamente reconocido, el sistema era susceptible de mejora. La relación entre los laboratorios y los mayoristas era epidérmica y alejada de los requisitos que exigen las teorías modernas de la gestión de clientes. En efecto, se venía constatando que: a) no era posible conocer el grado de abastecimiento del mercado pues los contratos no incluían ningún tipo de compromiso acerca de dicho grado de abastecimiento; b) no era posible establecer ningún tipo de planificación que pudiera prevenir y, en su caso, evitar el riesgo de desabastecimiento, pues en las relaciones entre laboratorios y mayoristas no se establecía un número mínimo de referencias, la periodicidad de las relaciones, los volúmenes mínimos de pedidos, o los oportunos criterios acerca de la rotación de los medicamentos, entre otras cuestiones normales en las relaciones comerciales entre fabricantes y distribuidores mayoristas.

En consecuencia, se daba una sorprendente paradoja: en relación con un producto cuya demanda debe ser obligatoriamente atendida no se daban las circunstancias que contribuyeran a facilitar dicho objetivo.

La evidencia pone de manifiesto que la conducta de la mayoría de los operadores económicos presentes en la cadena del medicamento es distinta y menos rigurosa respecto de lo que es habitual en otras actividades económicas. En este senti-

do, resulta del todo razonable que el sector farmacéutico, paso a paso, vaya abandonando las relaciones de mero intercambio, adoptando un sistema de relaciones que incorpore mayor valor añadido con la eficiencia como objetivo.

Mantener relaciones de mero intercambio con un número elevado de clientes es, por lo tanto, ineficiente pero posible. Mantener relaciones que generen valor añadido con un alto número de clientes no sólo es ineficiente sino que en la práctica resulta difícilmente manejable.

### *c) Racionalidad del sistema de distribución.*

Con el fin de aprovechar las posibilidades del nuevo sistema de libertad de precios de los medicamentos y garantizar el abastecimiento de los mercados, los laboratorios han modificado el sistema tradicional de distribución de medicamentos. La eficacia del sistema exige disponer de información acerca del volumen de medicamentos dispensados en España o, lo que es lo mismo, conocer cómo se distribuye la cantidad producida de medicamentos entre aquellos dispensados en España con precio intervenido y los que son vendidos en otros países con precio libre. En palabras de la CNC,<sup>24</sup> es necesario que los laboratorios conozcan «en qué territorio se habían dispensado los medicamentos para poder aplicar el precio fijado por el Gobierno». Y ello, con independencia de que los mayoristas obtengan los medicamentos de un laboratorio o de otro mayorista.

Lógicamente, ante la nueva regulación, los laboratorios deben establecer mecanismos para aprovechar adecuadamente las posibilidades abiertas por dicha regulación y, al mismo tiempo, para cumplir con las obligaciones contempladas por la ley. Y deben hacerlo de la forma que estimen oportuna, de acuerdo con sus criterios e intereses, dentro de los márgenes contemplados en la regulación vigente.

## 5.2. LA RACIONALIDAD ECONÓMICA EXIGE LA RACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES CON LOS CLIENTES Y ÉSTA EXIGE SELECCIÓN Y, EN CONSECUENCIA, EXCLUSIÓN

En relación con la forma de llevar a cabo un nuevo tipo de relación con los clientes, de acuerdo con Kaplan y Norton, deben tomarse en consideración cuatro procesos genéricos que deben incluir la correspondiente ejecución. Tales procesos son: a) Selección, b) Adquisición, c) Retención y d) Relación. A continuación se analizan brevemente cada uno de los procesos mencionados.

a) Seleccionar los clientes supone «identificar segmentos de clientes atractivos para la empresa». El proceso de selección excluye la universalidad. La empresa debe

24. CNC, Resolución expte. S/0030/2007, *Laboratorios Farmacéuticos*, 25 de septiembre de 2008.

elegir y la elección supone exclusión. Lógicamente, la selección debe incluir tan sólo aquellos clientes –en este caso, mayoristas– que proporcionen más valor para la empresa. En el caso que nos ocupa, el valor añadido es la adecuada cobertura del mercado. Junto a ello parece razonable valorar parámetros que faciliten la sostenibilidad y permanencia del sistema adoptado.

b) Adquirir clientes supone «asegurar clientes probables y convertirlos en fijos». En este modelo racional no cabe, por ejemplo, el sistema tradicional de gestión de clientes por parte de los laboratorios, consistente en vender bajo pedido y cobrar lo vendido. Los criterios modernos de relación con los clientes exigen que el cliente sea un elemento más del proceso competitivo de la empresa. Los clientes deben ser la prolongación del sistema productivo y deben integrarse en el proceso global. Es necesario, en consecuencia, modificar dicho sistema.

La adopción de criterios modernos de selección de clientes supone excluir a aquéllos que no colaboran activamente en el proceso de mejora de la estructura y resultados empresariales y que no disponen de la estructura y volumen necesarios para desarrollar esta colaboración eficientemente.

c) Retener clientes supone «transformar a los clientes en grandes entusiastas altamente satisfechos», lo que no podía ocurrir con el sistema tradicional, pues la relación entre los laboratorios y sus clientes era epidérmica y se limitaba a solicitar medicamentos bajo pedido y abonar las facturas correspondientes sin que entre las partes contratantes se estableciera una sólida relación que contribuyera a mejorar su posición competitiva, perdiéndose, en consecuencia, grados de eficiencia. El sistema no era racional. Por esta razón su modificación era necesaria.

d) Establecer relaciones con los clientes supone «conocer a los clientes, construir relaciones con ellos y aumentar la cuota de la empresa de actividades de compra de los clientes objetivo». Una forma de reforzar las relaciones consiste en «aportar características y servicios adicionales después de la venta». En el presente caso, esta última cuestión es relevante, pues se trata de asegurar el abastecimiento del mercado –requisito fundamental exigido por la regulación vigente– y, además, conocer el destino final de los bienes que, en el contexto de la regulación actual, es uno de los elementos determinantes del precio. La colaboración de los mayoristas, mediante su garantía de cobertura y su información veraz, es, pues, fundamental. Es necesario, en consecuencia, un nivel de servicio, avalado por la experiencia, que va más allá de los costes, que no todos los distribuidores pueden asegurar, como ocurre en el caso de las demandantes.

En definitiva, una simple consideración, aunque sea superficial, de las relaciones de los laboratorios con sus clientes –los mayoristas– pone de manifiesto que la relación tradicional no siempre coincide con los principios modernos de gestión de clientes. Era necesario, pues, establecer un nuevo tipo de estructura de distri-

bución, lo que suponía un proceso de selección sobre la base de nuevas características de los clientes –aunque éstos pudieran coincidir con los tradicionales– y de los principios de la moderna gestión de los mismos. Todo ello con el objetivo de mejorar la eficiencia de las relaciones de los laboratorios con sus clientes mayoristas. Lógicamente, la selección suponía prescindir de algunos clientes del pasado sobre la base de unas nuevas relaciones con futuro apoyadas sobre la plataforma de investigación y producción de los laboratorios y complementadas con la correspondiente eficiencia del proceso de distribución de sus productos, de acuerdo con la regulación vigente.

### 5.3. LA SELECCIÓN NECESARIA COMO FACTOR DE EFICIENCIA

Con el citado objetivo en el punto de mira, los laboratorios hicieron frente a un conjunto de dilemas cuya respuesta puede encontrarse en los autores citados que sostienen que «El proceso de selección de clientes comienza segmentando el mercado en nichos, cada uno de ellos con características y preferencias distintas [...] La selección de clientes no es lo mismo que la selección de pedidos o precios».

Esto es, precisamente, lo que, de acuerdo con la sentencia, han hecho los laboratorios: seleccionar a sus clientes –los mayoristas– de acuerdo con sus objetivos que están condicionados por las obligaciones establecidas por la regulación vigente, una de cuyas exigencias, lógicamente, es asegurar de forma continua el abastecimiento del mercado de los medicamentos. Como señalan los autores citados, las directrices (de los laboratorios, en este caso) «deben evitar la trampa de querer ser el mejor proveedor de todos sus posibles clientes». En consecuencia, los laboratorios han seleccionado de entre todos los clientes posibles aquéllos que mejor responden a sus necesidades.

Una referencia útil para elegir a los clientes puede ser el contenido de la tabla 3. Como sostienen los autores citados, «En el proceso más habitual, la estrategia de las empresas influye sobre su elección de clientes». En consecuencia, la elección óptima exige: clientes con mucha intensidad de uso, que busquen la oferta de un buen servicio, una fidelidad comprometida y una actitud encantada. Tales exigencias no pueden ser aseguradas por todos los clientes. Este hecho hace necesaria su selección. Y la selección supone prescindir de aquellos clientes que, en aras de los objetivos descritos, no contribuyen a que la estrategia diseñada por la empresa sea llevada a cabo con la eficiencia como referencia. Y en esta cuestión la empresa debe tener libertad para elegir.

La citada conclusión resulta avalada por la evidencia empírica. En efecto, Corsten y Kumar,<sup>25</sup> por ejemplo, concluyen que los oferentes alcanzan mejores resulta-

25. Corsten, D.; Kumar, N. 2005. «Do Suppliers Benefit from Collaborative Relationships with Large Retailers? An Empirical Investigation of Efficient Consumer Response Adoption», *Journal of Marketing*, vol. 69, julio, p. 80-94.

Tabla 3. Criterios de selección de los clientes \*

Intensidad de uso	<b>Mucha</b>	Poca	Ninguna		
Beneficios buscados	Precio	<b>Servicio</b>	Rendimiento	Relaciones	Identidad de marca
Fidelidad	Ninguna	Moderada	Fuerte	<b>Comprometida</b>	
Actitud	Insatisfecha	Satisfecha	<b>Encantada</b>		

\* Nota: En negrita se destacan las opciones óptimas

Fuente: Elaboración propia a partir de Kaplan, R. S., Norton, D. P. (2004), citado

dos y desarrollan mejor sus habilidades mediante relaciones de colaboración con sus distribuidores basadas en la respuesta de los clientes. A las mismas conclusiones llegan Walter, Ritter y Gemünden.<sup>26</sup> Por su parte, Kalwani y Narayandas<sup>27</sup> concluyen que el desarrollo de relaciones a largo plazo con clientes escogidos no es simplemente una estrategia; es esencial para la supervivencia del oferente al proporcionarle ventajas competitivas a largo plazo sin que ello suponga un sacrificio en términos de rentabilidad. Desde esta perspectiva, podría concluirse que los clientes escogidos deberían ser preferentemente aquéllos que, por su implantación, estructura, recursos y capacidad de acceso a la financiación, estén más capacitados para continuar desenvolviéndose a largo plazo y de forma eficiente en el mercado. Deben seleccionarse, en suma, las empresas que mejor puedan sobrevivir en un mercado en competencia.

Sentado el principio que supone una relación estable con los clientes basada en la búsqueda conjunta de ventajas competitivas, la selección resulta inevitable y la misma no es, *per se*, anticompetitiva. En efecto, en la citada resolución de la CNC recaída sobre el expediente S/0030/2007, se hacía referencia a un conjunto de laboratorios<sup>28</sup> que habían rescindido su relación comercial «con todos aquellos mayoristas con los que tenían relaciones en su momento». Los criterios de elección sobre los que se basaron para establecer nuevas relaciones comerciales fueron: «cobertura territorial, capacidad de reacción ante emergencias, sistemas de conservación y transporte, sistemas de información y gestión de pedidos». Alguno de los laboratorios manifestó «que se han optado preferentemente por cooperativas farmacéuticas por ser las que tienen mayor penetración y proximidad a las oficinas de farmacia».

26. Walter, A.; Ritter, T.; Gemünden, H. G. 2001. «Value Creation in Buyer-Seller Relationships. Theoretical Considerations and Empirical Results from a Supplier's Perspective», *Industrial Marketing Management*, vol. 30, p. 365-77.

27. Kalwani, M. U.; Narayandas, N. 2006. «Long-Term Manufacturer-Supplier Relationships: Do They Pay Off for Supplier Firms?» *Journal of Marketing*, vol. 59, p. 1-16.

28. Pfizer, JC, Sanofi, Novartis, AZ y BI.

En definitiva, con independencia de los argumentos jurídicos que se exponen en la sentencia objeto de análisis en este trabajo, y que también avalan la libertad de los laboratorios para elegir la forma de distribución de sus productos, la lógica económica recomienda, claramente, la selección.

## 6. SELECCIÓN DE DISTRIBUIDORES Y COMPETENCIA

Se ha puesto de manifiesto que la selección de mayoristas por un fabricante es racional para cualquier operador que quiera ser competitivo. Esta selección, aun siendo racional, podría resultar, en algunos casos, perjudicial para la competencia en los mercados. En este apartado se analizan cuáles son las condiciones que, desde el punto de vista económico, deben darse para que tenga lugar dicho perjuicio. La falta de concurrencia de estas circunstancias llevará a concluir que la sentencia se ajusta, también en este aspecto, a la lógica económica.

### 6.1. CONDICIONES PARA QUE LA NEGATIVA A MANTENER RELACIONES COMERCIALES TENGA EFECTOS PERJUDICIALES SOBRE LA COMPETENCIA

Es un principio ampliamente aceptado en economía que las empresas que desde una posición de dominio operen en un determinado mercado deben tener libertad para establecer relaciones comerciales con aquellos operadores económicos que consideren más adecuados.<sup>29</sup> Cualquier excepción a esta regla debe estar debidamente fundada en hechos que demuestren claramente que la conducta de la empresa es perjudicial para la competencia.<sup>30</sup> Una empresa sólo debe ser obligada a vender sus productos a otra empresa en determinados casos excepcionales en los que quede demostrado de forma inequívoca que su conducta puede resultar lesiva para la competencia y, en consecuencia, para los consumidores finales.

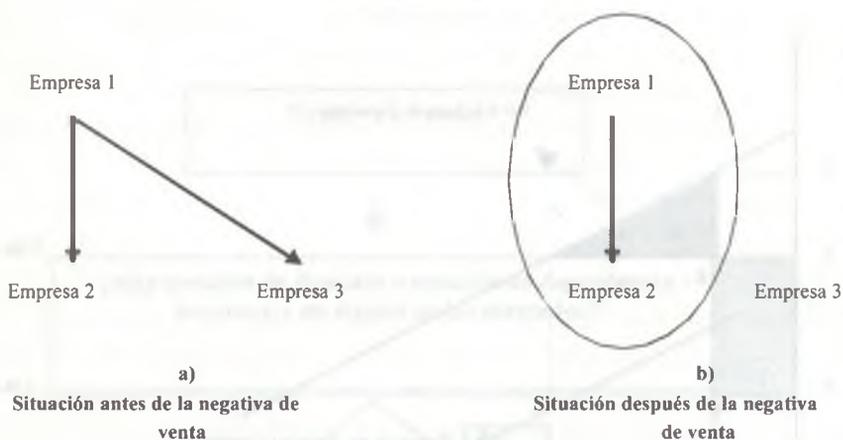
Sin embargo, es necesario resaltar que, aunque excepcionales, hay determinadas negativas de venta que aumentan el poder de monopolio de la empresa que las adopta con el consiguiente perjuicio para la sociedad. El ejemplo clásico, que coincide con la argumentación de las actoras, se representa en el gráfico 8.

En el gráfico 8 se representan las relaciones de mercado entre tres empresas. Se

29. A este respecto, el párrafo 207 del Documento de discusión de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado es concluyente al afirmar que: «como regla general las empresas tienen el derecho a decidir a quién vender sus productos y pueden decidir cesar sus relaciones comerciales con ciertos socios comerciales. Esto también es cierto para las empresas dominantes».

30. Carlton, concluye que «el cierre de un mercado no debe ser prohibido por crear un daño a la competencia en ausencia de una teoría coherente que explique los mecanismos por los que se causa el daño». Véase Carlton, D.W. 2001. *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusals to Deal, Why Aspen and Kodak are Misguided*, NBER Working Paper 8105.

Gráfico 8.



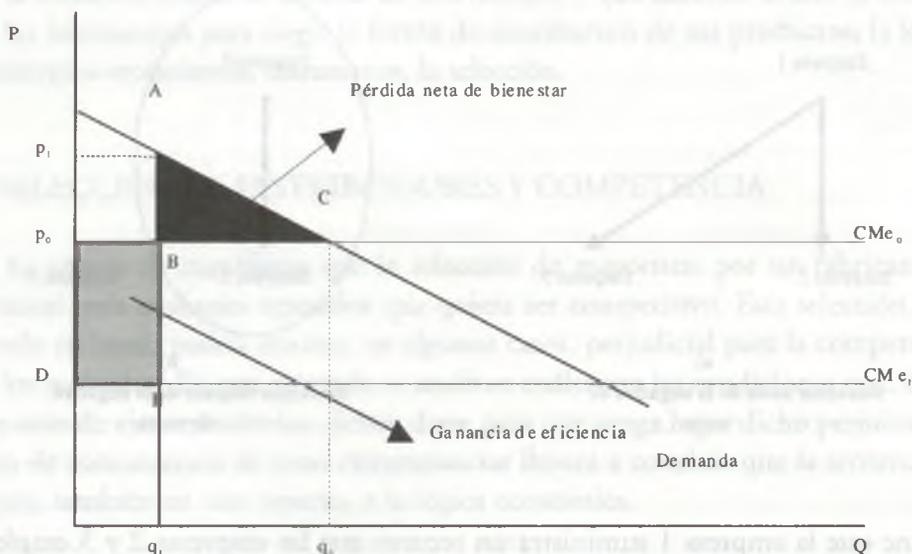
supone que la empresa 1 suministra un recurso que las empresas 2 y 3 emplean para producir un bien o servicio final. Si la empresa 1 se integra con la empresa 2 y decide no vender dicho recurso a la empresa 3, ésta puede verse obligada a abandonar el mercado (*market foreclosure strategy*) o fabricar el producto final utilizando medios de producción menos convenientes o más caros, con la desventaja competitiva que esto supone (*raising rivals costs strategy*). Si tiene lugar un proceso de concentración entre las empresas 1 y 2, la empresa resultante consigue expulsar a sus competidores del mercado del bien o servicio final. En consecuencia, al disponer de un poder de monopolio y ejercerlo, abusando del mismo, tiene posibilidad de fijar precios de monopolio.

En el gráfico 9 se representa la pérdida de bienestar que supone para la sociedad el ejercicio del poder de monopolio por la empresa dominante, resultado del mencionado proceso de concentración. El área del triángulo sombreado (ABC) refleja, de acuerdo con lo recogido en todos los manuales de economía industrial,<sup>31</sup> la pérdida de bienestar para la sociedad, pues sintetiza la diferencia entre la pérdida de bienestar social antes (situación inicial donde el precio es  $p_0$ ) y después de la negativa de venta consecuencia del abuso de posición de dominio (situación final donde el precio es  $p_1$ ).

También se observa en el gráfico 9 que si el proceso de consolidación fomenta, además de un posible aumento del poder de mercado, una reducción de los costes de la empresa desde  $p_0$  hasta D, es posible que no pueda hablarse de pérdida de bienestar sino de ganancia neta de bienestar. Esto sería debido al hecho de que la reducción de CMe se traduce en una ganancia de bienestar para el conjunto de la sociedad como consecuencia de las mejoras de eficiencia.

31. Véase, por ejemplo, Viscusi, W.K.; Vernon, J. M.; Harrington, J. E., 2005. *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, p. 210 y ss.

Gráfico 9.



Si las ganancias debidas a la eficiencia (área del rectángulo  $p_0DEB$ ) son mayores que la pérdida de bienestar debido al aumento del poder de monopolio (área del triángulo  $ABC$ ), entonces la negativa de venta tiene un efecto neto positivo y, en consecuencia, no debe ser perseguida por las autoridades de defensa de la competencia.

Este ejemplo refleja un argumento comúnmente aceptado entre los expertos en derecho y economía de la competencia:<sup>32</sup> en general, debe impedirse la negativa de venta cuando el incremento del poder de monopolio para la empresa que la adopta no es compensado con ganancias de eficiencia. Debe hacerse notar, por lo tanto, que las condiciones necesarias para que la negativa de venta tenga efectos perjudiciales para la competencia son: a) que la negativa de venta tenga como objetivo el incremento del poder de mercado, y b) que los posibles efectos del aumento del poder de mercado no se compensen con ganancias de eficiencia.

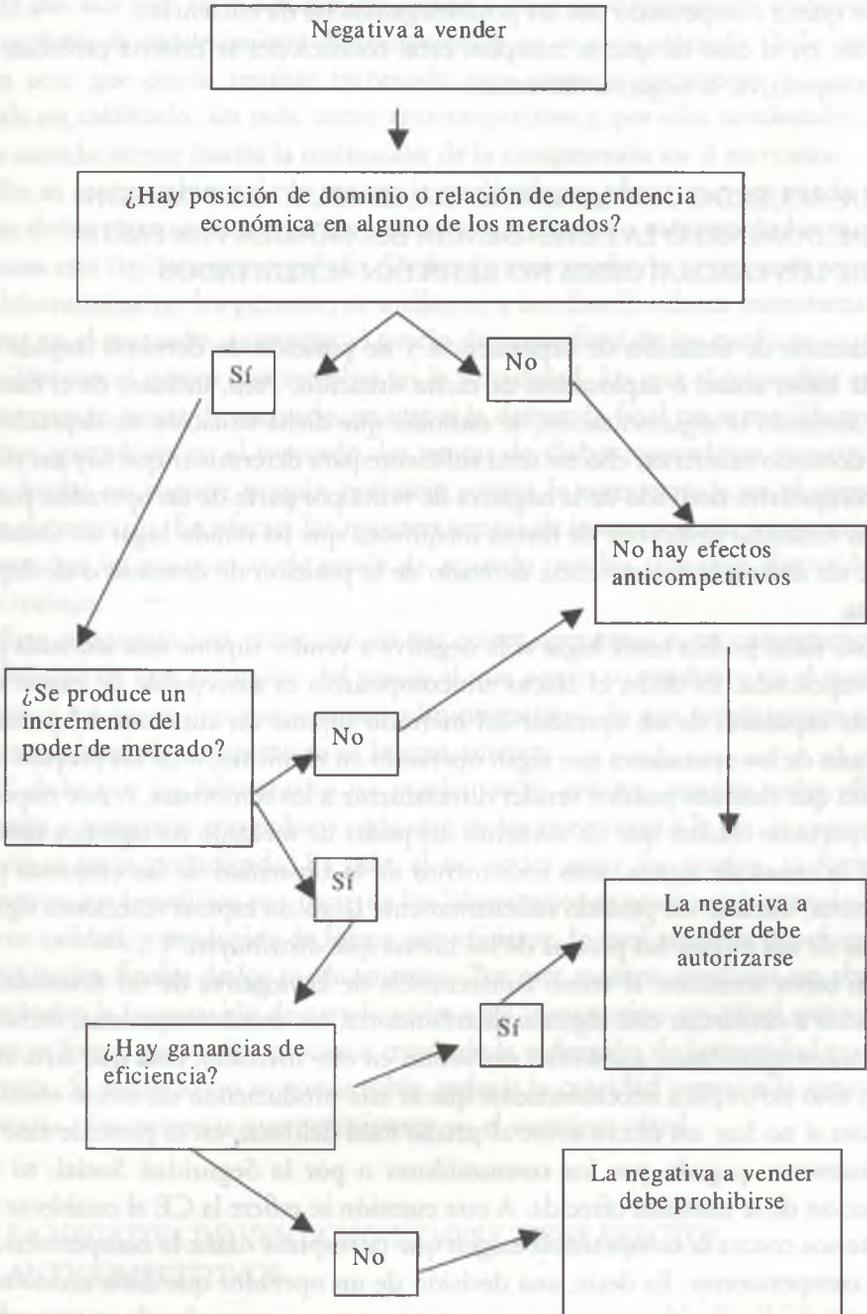
En aquellos casos en que se cumplan estas dos condiciones, puede hablarse de una negativa de venta con efecto anticompetitivo. El proceso descrito puede resumirse de acuerdo con el gráfico 10.

En otros términos: para determinar si existen efectos anticompetitivos derivados de la negativa a vender, el procedimiento a seguir, debe ser el siguiente:<sup>33</sup> a) verificar la existencia de la negativa a vender; b) verificar si cabe la posibilidad de abuso de posición de dominio o situación de dependencia económica de la que se

32. Véase, por ejemplo, Motta. M. 2004. *Competition Policy*. Cambridge University Press, especialmente p. 372 y ss.

33. Estas condiciones son las que menciona, entre otros, el párrafo 218 del Documento de discusión de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado.

Gráfico 10.



pueda abusar; c) verificar que existe abuso de posición de dominio o de posición de dependencia económica, lo que exige demostrar inequívocamente que el poder de mercado se refuerza, y d) verificar que el eventual aumento de poder de mercado no queda compensado por las posibles ganancias de eficiencia.

Sólo en el caso de que se cumplan estas condiciones se debería prohibir, por anticompetitiva, la negativa de venta.

## 6.2. DE ACUERDO CON LA SENTENCIA, EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO O LA DEPENDENCIA ECONÓMICA POR PARTE DE LOS LABORATORIOS NO RESULTAN ACREDITADOS

La ausencia de situación de dependencia y de posición de dominio impide que pueda haber abuso o explotación de dicha situación. Pero, incluso, en el caso de que, forzando la argumentación, se estimase que dicha situación de dependencia o de dominio existieran, ello no sería suficiente para determinar que hay un efecto anticompetitivo derivado de la negativa de venta por parte de un operador, puesto que es necesario demostrar de forma inequívoca que ha tenido lugar un abuso; es decir, un daño a la competencia derivado de la posición de dominio o de dependencia.

Este daño podría tener lugar si la negativa a vender supone una amenaza para la competencia. Es decir, el efecto anticompetitivo es susceptible de existir si la posible expulsión de un operador del mercado supone un aumento del poder de mercado de los operadores que sigan operando en el mismo, o de los propios operadores que también pueden vender directamente a los minoristas. A este respecto, es importante resaltar que un aumento del poder de mercado no significa aumento de la cuota de ventas, sino incremento de la capacidad de las empresas para aumentar, durante un período suficientemente largo sin esperar reacciones significativas de sus rivales, los precios de los bienes que distribuyen.<sup>34</sup>

En otros términos: si como consecuencia de la negativa de un determinado operador a comerciar con algunos distribuidores, los demás mayoristas, incluidos los citados operadores, aumentan sus ventas en este mercado, cosa que sería esperable, esto no implica necesariamente que se esté produciendo un efecto anticompetitivo si no hay un efecto sobre el precio final del bien, en el presente caso del medicamento pagado por los consumidores o por la Seguridad Social, ni una reducción de la cantidad ofrecida. A esta cuestión se refiere la CE al establecer que los efectos contra la competencia exigen que la empresa «dañe la competencia, no a los competidores». Es decir, una decisión de un operador que dañe económicamente a un distribuidor no es anticompetitiva a no ser que redunde en una subida

34. En el gráfico 9, un aumento de la capacidad de las empresas para fijar un precio monopolístico  $-p1-$  en lugar del precio competitivo  $-p0-$ .

de los precios que pagan los consumidores, aunque dicha decisión reduzca considerablemente los beneficios del distribuidor perjudicado. En este sentido cabe recordar la conclusión alcanzada por el TDC en la *Resolución de 21 de abril de 2005 que dice que: en el supuesto que alguno o todos los distribuidores desaparecieren del mercado de abastecimiento* «la competencia no se vería afectada, dado que, no todo acto que pueda resultar incómodo para algunos operadores del mercado puede ser calificado, sin más, como anticompetitivo y, por ello, sancionable, sino sólo cuando atente contra la institución de la competencia en el mercado».

En el asunto objeto de la sentencia analizada, es obvio que no puede tener lugar dicho efecto anticompetitivo, puesto que el precio máximo de los medicamentos está rígidamente regulado. Dicho de otro modo, la negativa de venta de los laboratorios no les permite, ni a ellos ni a los distribuidores mayoristas presentes en el mercado, aumentar el precio de venta final de los medicamentos en relación con el precio que se cobra en la actualidad. Lo que sí es posible es que aumenten su cuota de mercado, ya que si la demanda final no se modifica y hay menos operadores en el mercado, las ventas de dichos operadores aumentarán. Este hecho no supone ningún perjuicio contra la competencia en el mercado, sino al contrario. En efecto, las mayores ventas de los mayoristas les permitirían aprovechar las economías de escala de acuerdo con los términos discutidos en este trabajo.

Esto supondría una reducción de sus costes operativos y, en consecuencia, la posibilidad de una reducción del precio al que ponen su producto en el mercado (sujeta a los oportunos mecanismos administrativos), lo que jamás ocurre en un contexto donde la competencia es la gran ausente.

Y dado que los laboratorios no pueden subir precios, aunque todos ellos se negasen a comerciar con todos y cada uno de los mayoristas a la vez, la competencia no se vería perjudicada. Es más, al no poder subir los precios, la forma de aumentar sus beneficios por parte de los laboratorios es vender más cantidad y de mayor calidad, y producida de forma más eficiente, lo cual también beneficia a los destinatarios finales de los medicamentos. Por este motivo, resultaba un absurdo económico la imputación de cartelización a los laboratorios: un cártel anticompetitivo se forma para subir precios a través de la reducción de la cantidad puesta a la venta. Si el precio no se puede subir, reducir la cantidad puesta a la venta perjudicaría a las empresas que participasen en el supuesto cártel.

### 6.3. LA NEGATIVA DE VENTA NO SIEMPRE TIENE EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

De acuerdo con el análisis económico de la competencia y de los mercados, para que una negativa de venta que produzca un cierre de mercado pueda ser considerada como abusiva por ser perjudicial para la competencia debe tener un efecto en el mercado que se traduzca en una reducción del nivel de bienestar de los consu-

midores.<sup>35</sup> Es decir, incluso si una empresa llevara a cabo un cierre de mercado y consiguiera, con ello, un incremento de su cuota de mercado, este hecho no sería, *per se*, suficiente para determinar que ha existido una conducta de explotación abusiva. En efecto, para determinar la existencia de abuso de posición de dominio, es necesario analizar si el efecto de dicha conducta será perjudicial para el bienestar de los destinatarios finales del bien o servicio. Este es el caso representado en el gráfico 9, donde se muestra que la pérdida de bienestar social derivada del aumento del poder de mercado se representa en el triángulo sombreado ABC. Si el aumento de precios desde  $p_0$  hasta  $p_1$  fuera el único efecto del cierre de mercado, cabría concluir que la conducta es abusiva por ser perjudicial para la competencia, ya que los consumidores pagarían un precio más alto por una cantidad menor del bien adquirido. Sin embargo, si con dicha conducta la empresa consigue reducir costes, es posible que las ganancias derivadas de dicha reducción sean mayores que la pérdida de bienestar debida al aumento del precio. En estas circunstancias, el efecto neto sobre el conjunto de la sociedad podría ser positivo.

En particular, tanto la CE<sup>36</sup> como numerosos expertos en derecho y economía de la competencia mencionan que hay diversas causas que pueden ser alegadas por la empresa dominante, que harían que la negativa a vender, pese a poder tener el efecto de un incremento de su poder de mercado, no fuera anticompetitiva por generar otros efectos positivos. En concreto, el profesor Tirole, en el capítulo del *Handbook of Industrial Organization*<sup>37</sup> dedicado a los cierres de mercado, explica algunas de las principales razones de eficiencia que justificarían que un cierre de mercado tenga efectos positivos para la competencia. A continuación se mencionarán un conjunto de razones, por ser especialmente relevantes en el análisis de la sentencia que nos ocupa:

En primer lugar, la existencia de demasiadas empresas en el mercado (*Excessive Entry*). En aquellos casos en los que el número de empresas en un mercado sea superior al número óptimo de empresas, el cierre de mercado contribuye a que se alcance dicho número óptimo. A este respecto, ya se ha mencionado que el número de empresas mayoristas en España es claramente superior al número eficiente, por lo que su disminución permitiría generar ganancias de eficiencia.

En segundo lugar, facilidad de monitorización del comportamiento del distribuidor. También señala Tirole que, en aquellos casos en los que existe una relación comercial de carácter vertical, como ocurre en el caso de los laboratorios y los

35. Este principio queda establecido en el párrafo 210 del Documento de discusión de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado.

36. Véase el párrafo 24 del Documento de discusión: «DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses», European Commission, 2005.

37. El *Handbook of Industrial Organization* es el libro de referencia para los expertos en organización industrial y economía de la competencia y de los mercados. En esta obra colectiva, los mejores expertos mundiales en cada tema exponen lo que se considera el estado de la cuestión para la comunidad científica sobre una materia dada en un momento determinado. El capítulo de J. Tirole dedicado al cierre de mercado lleva por título *A primer on Foreclosure*, es decir «Una introducción al cierre de mercado». Véase Armstrong, M.; Porter, R. H. (eds) 2007. *Handbook of Industrial Organization*, vol. 3, North Holland.

distribuidores, la vigilancia de las opciones tecnológicas o empresariales elegidas por los socios comerciales<sup>38</sup> es crucial para garantizar que los consumidores reciban el producto final en condiciones adecuadas. Dado que la monitorización es costosa en sí misma, una empresa que se encuentre en esta situación debe limitar el número de distribuidores con los que negocia con objeto de poder llevar a cabo dicha monitorización sin incurrir en un coste desorbitado que pudiese canibalizar las ganancias derivadas de la mayor eficiencia. El hecho de que los laboratorios demandados implementaran un nuevo sistema de relaciones con los distribuidores basado, precisamente, en parámetros como la capacidad de distribución o su tecnología de almacenamiento, encaja perfectamente con el argumento de que la monitorización se ha llevado a cabo para ganar eficiencia y mejorar la prestación del servicio final. Es evidente que esta mejor prestación del servicio final a los consumidores redundará en mayores ventas o beneficios de la empresa que niega la venta pero debido, según este argumento, a las ganancias de eficiencia derivadas de la mejor monitorización de los distribuidores. En este sentido cabe añadir que la propia CNC reconoció, en su Resolución de 25 de septiembre de 2008, que un alto número de mayoristas complica la obtención de datos respecto a la venta final del medicamento, lo que explica que los laboratorios reduzcan el número de distribuidores con los que comerciar.

En tercer lugar, temor a ser asociado con distribuidores ineficientes que pueden dañar el prestigio de la empresa. La mala gestión de stocks de las empresas distribuidoras causa un perjuicio a la empresa fabricante del producto, puesto que genera una externalidad negativa. Es decir, los consumidores, la administración sanitaria o las OF pueden percibir que las faltas reiteradas de un determinado medicamento son debidas al laboratorio productor del mismo en casos en los que las faltas se deben a la falta de previsión o de capacidad de los distribuidores. Este hecho justifica que los laboratorios prefieran distribuir sus productos a través de un número reducido de mayoristas, con los que sea más fácil establecer relaciones de cooperación, de forma que la calidad en el proceso de distribución se realice de acuerdo con unos estándares que no perjudiquen la reputación del laboratorio. De nuevo, el hecho de que entre los criterios de selección utilizados por los laboratorios aparezcan la capacidad de distribución y la tecnología de almacenamiento indica que también existen ganancias de eficiencia en términos de reputación.

En cuarto lugar, obligación legal de prestar un servicio universal a los consumidores. Finalmente, menciona el profesor Tirole que, en aquellos casos en los que exista la obligación para el productor de garantizar el suministro de un determinado producto a los consumidores, debe prestarse mayor cuidado por parte de las autoridades a la hora de catalogar las negativas de venta a los distribuidores como contrarias a la competencia. Esto sería debido a que la obligación de suministro

38. En este caso, la monitorización por parte del laboratorio de la capacidad de distribución, sistemas de gestión de stocks o presencia territorial, por ejemplo.

universal, en sí misma, supone un coste para los productores que producen una cantidad superior a la que consideran óptima para cumplir con los requisitos del abastecimiento universal en todo el territorio. Por este motivo, incluso aunque pudiera derivarse un cierto poder de mercado de la negativa a vender, cosa que no ocurre en el caso de las demandadas, el eventual mayor poder de mercado serviría para compensar los costes impuestos por la obligación de suministro universal.

Por último, en quinto lugar, el suministro directo del productor a los consumidores finales. Aunque no aparece mencionado en el *Handbook of Industrial Organization*, la CE, en su documento de discusión sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado, menciona, en su párrafo 224, que en aquellos casos en los que el fabricante pueda distribuir el producto final sin necesidad de un distribuidor, debe autorizarse la negativa a vender si existe un beneficio para los consumidores derivado del suministro directo. Esta conclusión es trasladable al caso analizado por la sentencia, aunque no se trate de suministro directo: el fabricante puede distribuir el producto final sin necesidad de todos los distribuidores. Ello permitiría que el precio final del producto fuese inferior por el ahorro de parte de los costes de intermediación. Que no se reduzca puede ser atribuible por tanto al regulador pero nunca al fabricante.

En definitiva, todas las razones mencionadas, ponen de manifiesto que existen suficientes y poderosas causas económicas objetivas que justifican que la negativa a suministrar a ciertos distribuidores por parte de los laboratorios no es contraria a la competencia.

## 7. CONCLUSIONES

La negativa de una empresa a vender sus productos a otra empresa puede ser, en ocasiones, perjudicial a la competencia y contraria a la LCD y a la LDC actualmente vigentes. En concreto, es posible que la negativa a vender provoque la salida del mercado de la empresa perjudicada y que esto, a su vez, aumente el poder de mercado de sus competidores y de la empresa que se negó a vender, lo que podría provocar un perjuicio a los consumidores finales debido al aumento de los precios. Sin embargo, son muchos los casos en los que la negativa de venta, pese a perjudicar a quien la sufre, está totalmente justificada desde el punto de vista económico. La determinación de los casos en los que debe autorizarse o prohibirse una negativa de venta debe apoyarse en un exhaustivo análisis económico. En este trabajo se ha utilizado la reciente Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona para ilustrar cómo el análisis económico puede ayudar a distinguir los casos que resultan perjudiciales para la competencia de aquellos que deben autorizarse por ser favorables a la misma.

En el asunto analizado, el análisis económico avala la desestimación de la demanda de los mayoristas contra los laboratorios. Dicha conclusión se apoya en tres consideraciones. En primer lugar, en el hecho de que la elevada atomización

del sector de la distribución mayorista de medicamentos genera ineficiencias que perjudican a los laboratorios que fabrican dichos medicamentos. En segundo lugar, en que dadas dichas ineficiencias, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la teoría de la gestión de clientes, sobre las ganancias derivadas de una adecuada selección de clientes, la reorganización de la relación de los laboratorios con los mayoristas resulta razonable desde el punto de vista económico. En tercer lugar, dicha selección, aun siendo razonable, podría ser perjudicial para la competencia si derivase en un aumento del poder de mercado de quien la practica. En este caso, sin embargo, dicha selección no tiene dicho efecto perjudicial sino al contrario. La selección no permite a los laboratorios obtener un poder de mercado significativo que les permita subir los precios porque estos están regulados. En todo caso, el ahorro de costes derivado de la mejor gestión de clientes y de la reorganización que ha de producirse en el mercado de distribución mayorista abriría la puerta a una bajada de precios que, por un lado, permitiría ahorrar costes al sector público y, por el otro, beneficiaría a los consumidores destinatarios finales de los medicamentos.

En definitiva, el ejemplo presentado en este trabajo muestra cómo el análisis económico puede servir de gran ayuda en la determinación de qué comportamientos deben reputarse contrarios al derecho mercantil y de la competencia. Por ello resulta recomendable una mayor generalización del uso del análisis económico por las autoridades, reguladoras, jueces y magistrados, como está sucediendo en otros países de nuestro entorno.

