



**“Los precios discriminatorios como defensa frente a las importaciones paralelas de productos farmacéuticos en la Unión Europea”**  
(Comentario a la Resolución del TDC, de 16 de octubre de 1998, Expte. MC 29/98, *GLAXO*).

**Fernando Díez Estella**

Doctor en Derecho  
Profesor Permanente de Derecho Mercantil  
Universidad Antonio de Nebrija

**SUMARIO:** **I.** Introducción. **II.** Antecedentes de la Resolución. **III.** El comercio paralelo de productos farmacéuticos en la Unión Europea. A) Perspectiva del Derecho Comunitario de la Competencia. B) Postura de las autoridades comunitarias. C) La empresa y el mercado ante el fenómeno de las importaciones paralelas. **IV.** La discriminación de precios. **V.** Conclusiones.

## **I. Introducción.**

Un objetivo fundamental del Tratado de la Unión Europea es el establecimiento de un Mercado Común integrado por todos los Estados miembros, siendo una de las medidas tendentes a la consecución de dicho objetivo la libre circulación de mercancías<sup>1</sup>. Para ello, es necesario que el Mercado Común esté sometido a una regulación que asegure que la competencia no sea falseada.

En este contexto se entiende la importancia que las llamadas “importaciones paralelas” tienen dentro del marco comunitario.

Por importaciones paralelas se entiende la importación en un Estado miembro de la Comunidad Europea, a través de canales distintos de los previstos por el fabricante y con independencia de su voluntad, de productos originales lícitamente puestos a la venta en otro Estado miembro. En la práctica, el elemento determinante para que esto ocurra es la existencia de una diferencia en el precio de venta de dichos productos en dos o más Estados miembros.

<sup>1</sup> Art. 3 a) del Tratado de la Unión Europea: “...(la acción de la Comunidad supone) la eliminación, entre los Estados miembros, de los derechos de aduanas y de las restricciones cuantitativas a la entrada y a la salida de mercancías, así como cualesquiera otras medidas de efectos equivalentes, ...”



publicado en *Noticias de la Unión Europea*, nº 180, Enero 2000,  
págs. 63 a 78.

Es indiscutible que, en las mercancías de precio libre, dicho fenómeno es económicamente deseable y constituye un elemento importante para la consecución de un verdadero mercado único<sup>2</sup>, ya que provoca una convergencia de los precios a la baja a la vez que impulsa la eficiencia y la competitividad empresarial.

Hay sin embargo un factor que viene a alterar el funcionamiento de las importaciones paralelas cuando nos situamos en el mercado europeo de productos farmacéuticos: el hecho de que las diferencias en los precios obedecen a unos mecanismos de control que existen en algunos Estados miembros (entre ellos España) y en otros no. Como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, se entiende que "las importaciones paralelas de medicamentos provocan un falseamiento de la competencia en aquellos mercados en los que el precio no se halla intervenido"<sup>3</sup>. Ya no se exportan "mejores condiciones de competencia"<sup>4</sup> sino el resultado de una mera intervención administrativa.

En esta cuestión, como en tantas otras del ordenamiento comunitario, hay dos grupos de intereses claramente contrapuestos y acaso irreconciliables: de un lado, el de las autoridades comunitarias, contrarias en principio a cualquier comportamiento que suponga una restricción de las importaciones paralelas ya que a través de éstas se consigue igualar el precio de los productos -situándolo en su nivel competitivo, es decir, el que se aproxima al coste marginal de producción- en todo el territorio comunitario y se promueve por tanto de manera efectiva el objetivo la unidad de mercado; y de otro lado, el interés de las empresas, que ven cómo las importaciones paralelas son ajenas a su política comercial, suponen una pérdida de control sobre sus productos y sobre los mercados en que éstos son comercializados y, sobre todo, una considerable reducción de la partida de ingresos de su cuenta de resultados.

Por otro lado, no es menos cierto que ha de tutelarse el derecho de toda empresa a recuperar la inversión que realiza

<sup>2</sup> BERCOVITZ, A., "Las importaciones paralelas de medicamentos en la C.E.E.", *Revista de Derecho Privado*, Diciembre 1986, pág. 996.

<sup>3</sup> FOLGUERA /MASSAGUER, "Las importaciones paralelas de medicamentos ante el derecho comunitario: aspectos relativos a la libre circulación de mercancías y a los derechos de propiedad industrial", *Informe CEDEF sobre importaciones paralelas*, 1995, pág. 39.

<sup>4</sup> MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., "El injustificado comercio paralelo de medicamentos de precio intervenido", *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 201, Junio /Julio 1999, pág. 76.



publicado en *Noticias de la Unión Europea*, nº 180, Enero 2000,  
págs. 63 a 78.

para el lanzamiento de nuevos productos y mejora de los ya existentes. Toda la extensa normativa comunitaria en materia de derechos de propiedad intelectual y derechos de propiedad industrial y comercial (marcas, patentes, etc.), está orientada a garantizar a las empresas un periodo de "exclusividad" sobre sus invenciones y creaciones que permita una aceptable tasa de retorno de las ingentes inversiones que las grandes multinacionales del sector farmacéutico realizan en materia de investigación.

Sin embargo, este delicado equilibrio entre los derechos de propiedad intelectual e industrial y la libre circulación de mercancías se ha saldado siempre a favor de ésta, según la doctrina creada por las autoridades comunitarias a partir de los pronunciamientos *Consten y Grundig*<sup>5</sup> (el ejercicio de los derechos de propiedad industrial e intelectual no permite que los particulares, mediante acuerdos o prácticas concertadas, puedan llevar a cabo conductas prohibidas a los Estados miembros por los artículos 30 a 36 del TCE) y *Merck v. Stephar*<sup>6</sup> (sobre el agotamiento de la patente: un derecho de propiedad industrial queda "agotado" en todo el territorio de la Comunidad Europea una vez que el producto en cuestión ha sido comercializado en cualquier Estado miembro por su legítimo propietario o por otra persona con su consentimiento).

La Resolución de adopción de medidas cautelares del Tribunal de Defensa de la Competencia contra la empresa GLAXO WELLCOME S.A.<sup>7</sup>, obedece precisamente a esta problemática; de hecho podría decirse que nuestras autoridades en materia de competencia se han adelantado a una actuación de la Comisión de la CE, que recientemente ha abierto un expediente contra la empresa GLAXO por su sistema de doble precio.

Las presuntas prácticas restrictivas de la competencia que han dado lugar a esta Resolución son las prohibidas en los artículos 1 y 7 de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia y en el artículo 85.1 (desde el 1 de Mayo de 1999 y con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, artículo 81) del Tratado de la Unión Europea.

<sup>5</sup> "*Consten and Grundig c. Comisión de la CE*", Casos C-56 y C-58/64, 1966, E.C.R. 299.

<sup>6</sup> "*Merck v. Stephar*", Caso C-187/80, 1981, E.C.R. 2063.

<sup>7</sup> Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en el Expediente MC 29/98 (nº 1789/98 del Servicio de Defensa de la Competencia) de medidas cautelares, de 16 de octubre de 1998, "GLAXO".



publicado en *Noticias de la Unión Europea*, nº 180, Enero 2000,  
págs. 63 a 78.

Se trata pues, en terminología del artículo 85.1 d) del Tratado, de un acuerdo entre empresas para *“impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: (...) aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.”*, es decir, para llevar a cabo una política de precios discriminatorios.

Las dos cuestiones que inmediatamente se suscitan, y a las que intentaremos dar respuesta en estas páginas, son las siguientes:

- En el contexto de un mercado como el farmacéutico, en el que la competencia ya está *de suyo* altamente falseada y distorsionada, ¿puede hablarse de un acuerdo entre empresas del que se derive un falseamiento de la competencia?.

- Aún en el caso de que se entienda que dicho acuerdo existe como práctica anticompetitiva, dadas las peculiaridades del sector farmacéutico comunitario, que hemos brevemente expuesto y que más adelante desarrollaremos, ¿puede darse el caso de que una política de precios diferenciados sea más beneficiosa -en términos de bienestar de los consumidores, de protección del mercado- que la de precio único?.

En el siguiente apartado expondremos brevemente los antecedentes que han dado lugar a la Resolución “GLAXO” del Tribunal de Defensa de la Competencia. Después, en el apartado III, se llevará a cabo un análisis más detallado del mercado farmacéutico comunitario, en el que se intentará demostrar que el comercio paralelo de medicamentos -problema de fondo de la Resolución- puede no ser tan beneficioso como la Comisión y el Tribunal de Justicia de la Comunidad habitualmente afirman en sus Decisiones y Sentencias. A continuación, en el apartado IV, realizaremos una explicación de cómo opera el mecanismo del doble precio, en qué medida puede servir para evitar las importaciones paralelas y los motivos que llevan a la prohibición de esa práctica en el ordenamiento comunitario. Finalmente, en el apartado V, de conclusiones, se efectuará una valoración de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia.



## II. Antecedentes de la Resolución.

El 6 de marzo de 1998, el Departamento Comercial de GLAXO envió a los distribuidores mayoristas las condiciones generales de venta de las especialidades farmacéuticas comercializadas por dicho Grupo empresarial, haciéndoles saber que entrarían en vigor el 9 del mismo mes.

Las citadas condiciones generales, que tienen por objeto fijar el marco contractual en el que se desarrolla la venta de especialidades farmacéuticas a los almacenes mayoristas distribuidores de medicamentos, incluyen una condición 4ª en la que se establecen dos listas de precios según el destino de los productos:

1) La condición 4ª A, aplicable a las especialidades farmacéuticas financiadas con cargo a fondos de la Seguridad Social española o fondos estatales afectos a la sanidad y comercializados con carácter nacional a través de oficinas de farmacia y hospitales españoles, establece que el precio no superará al precio industrial máximo que fijen las autoridades sanitarias españolas.

2) La condición 4ª B, aplicable a las especialidades farmacéuticas en que no concurren las circunstancias antes citadas, prevé que el precio será fijado por GLAXO de acuerdo con criterios económicos reales, no discriminatorios y siempre con total independencia del destino que dé a las mismas el almacén adquirente. En particular, GLAXO aplicará a sus especialidades farmacéuticas el precio que, sobre la base de estudios económicos internos, haya propuesto inicialmente a las autoridades sanitarias españolas, objetivamente actualizado tomando en cuenta el incremento del coste de la vida.

Es de resaltar que los precios de la lista 4 B son en algunos casos hasta 25,4 veces superiores a los de la lista 4 A, siendo mayores en aquellos productos cuya autorización por el Ministerio es anterior.

Las cartas con las que se adjuntaban las condiciones generales solicitaban la devolución firmada de las mismas, que debían estar en poder de GLAXO antes del 13 de marzo.

Posteriormente, GLAXO comunicó al Servicio que había rebajado los precios de venta de algunas de las especialidades farmacéuticas resultantes de la aplicación de la condición 4ª B. Los nuevos precios derivados de la condición 4 B reducen el correspondiente a 40 especialidades farmacéuticas, pasando la



publicado en *Noticias de la Unión Europea*, nº 180, Enero 2000,  
págs. 63 a 78.

proporción media entre los precios 4 B y 4 A de 3,83 a 2,59, y la diferencia máxima del precio 4 B, a 13,09 veces el precio 4 A.

El 6 de marzo GLAXO notificó las nuevas condiciones generales de venta a la Comisión Europea, solicitando una declaración negativa de inaplicación a las mismas del artículo 85.1 TCE o, subsidiariamente, una exención del artículo 85.3 del mismo Tratado, notificación de la que se informó expresamente a los distribuidores mayoristas al remitirles las citadas condiciones generales.

A partir del día 13 de marzo, GLAXO dejó de suministrar sus productos a los distribuidores mayoristas que no firmaron las condiciones generales de venta. El 6 de abril el Ministerio de Sanidad y Consumo recuerda a GLAXO por carta la obligatoriedad de suministro y de abastecimiento de existencias mínimas por parte de los almacenes mayoristas. El 5 de mayo, el Subsecretario del Ministerio de Sanidad y Consumo remitió a GLAXO y a diversos operadores una carta expresando el criterio del Servicio Jurídico de dicho Departamento en relación a una consulta formulada, en la que se concluye "que el apartado 4º de las Condiciones Generales de suministro de medicamentos presentada por GLAXO WELLCOME S.A. a ese distribuidor infringe la normativa en materia de precios. Ya que el suministro que realiza el laboratorio a un almacén mayorista, y dado que éste se efectúa en el territorio nacional, debe ser regido por las normas establecidas en materia de intervención de precios, sin que el laboratorio pueda incumplirlas alegando que las especialidades farmacéuticas intervenidas son destinadas a la exportación".

A 18 de mayo de 1998, 75 distribuidores habían suscrito las nuevas Condiciones Generales de Venta de GLAXO WELLCOME S.A., lo que representa un 83,14% de los almacenes a los que se remitieron y una cuota del 92,48% del mercado de la distribución de especialidades farmacéuticas en España. Sólo 14 almacenes no habían firmado dichas condiciones.

El 6 de abril de 1998, las representaciones de la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos (ASEPROFAR) y de la Asociación de Empresarios de Cooperativas Farmacéuticas (ASECOFARMA) formularon ante el Servicio de Defensa de la Competencia denuncia contra



publicado en *Noticias de la Unión Europea*, nº 180, Enero 2000,  
págs. 63 a 78.

GLAXO por supuestas conductas contrarias a los artículos 85 TCE y 7 LDC en conexión con el art. 16.2 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, y solicitaron la adopción de medidas cautelares.

El 21 de abril, ASEPROFAR amplió la denuncia imputando a GLAXO y a COFARES -principal empresa española en el ámbito de la distribución mayorista de productos farmacéuticos- un acuerdo o práctica concertada contraria al artículo 1 LDC, siendo las conductas imputadas las siguientes:

1) Establecer en las condiciones generales de venta dos listas de precios distintos, en función de que las especialidades farmacéuticas se destinen a la distribución en España o a la exportación.

2) Negar suministros de sus productos a los distribuidores mayoristas que no las firmen.

3) Otorgar un trato de favor a COFARES al entregarle productos en cantidad suficiente y a precio nacional, no sólo para abastecer a los clientes propios y a los de los distribuidores que no firmen las condiciones generales, sino para realizar exportaciones paralelas que le reporten un beneficio sustancial, a fin de contar con el apoyo de un gran distribuidor mayorista para garantizar el éxito de las citadas condiciones.

El Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, por Providencia de 22 de abril de 1998, acordó la incoación de expediente sancionador por prácticas prohibidas por los arts. 1 y 7 LDC y 85.1 TCE. Por acuerdo de 14 de julio de 1998, el Servicio propuso al Tribunal de Defensa de la Competencia la adopción de medidas cautelares.

El 24 de julio, SPAIN PHARMA S.A. solicitó personarse en el expediente y se adhirió a la propuesta de medidas cautelares formulada por el Servicio. Remitió al Tribunal, el 15 de septiembre, una carta de advertencia enviada por la D.G. IV de la Comisión Europea a GLAXO, en la que aquella considera que el acuerdo que GLAXO notificó parece contener o dar lugar a restricciones de la competencia incompatibles con el artículo 85.1 y no susceptibles de acogerse a una exención con arreglo al artículo 85.3.



### **III. El Comercio Paralelo de Productos Farmacéuticos en la Unión Europea.**

A los efectos de la protección cautelar solicitada -según los principios del art. 45 LDC que informan esta tutela, *periculum in mora* y *fumus boni iuris*-, es evidente que la actuación de GLAXO es, en el momento actual del Derecho comunitario europeo, contraria a Derecho y a la política seguida por la Comisión.

Hay además, en esta Resolución, dos aspectos procedimentales muy interesantes, (cuyo comentario excede el ámbito de este trabajo):

- La cuestión previa al pronunciamiento sobre el fondo, alegada por GLAXO, de competencia exclusiva de la Comisión Europea (Fundamento de Derecho 1º).

- La cuestión sobre la "aplicación conjunta" del Derecho interno sobre competencia y del ordenamiento comunitario que lleva a cabo el TDC.

Tampoco nos parece procedente hacer aquí, un análisis detallado de la problemática (y el extenso debate<sup>8</sup> suscitado en torno a ella) de las importaciones paralelas. Simplemente haremos una breve exposición de los antecedentes del problema y de la situación actual, que permita enmarcar en su contexto la Resolución del TDC.

Ya que, según la afirmación de la propia empresa demandada, GLAXO, recogida en el Fundamento de Derecho 5º de la Resolución, "el comercio paralelo de productos farmacéuticos adquiridos en España a un precio impuesto por la Administración y exportados a otros Estados de la UE en los que el precio es sensiblemente más elevado, constituye el problema de fondo de las cuestiones suscitadas"<sup>9</sup>.

#### **A) El Derecho de la Competencia ante las importaciones paralelas.**

La doctrina ha puesto de manifiesto un triple objetivo del Derecho Comunitario de la Competencia: "proteger la unidad de mercado y la fluidez de los intercambios, promover la

<sup>8</sup> Para un excelente estudio del tema y un resumen de la bibliografía más reciente en torno al mismo, vid. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A., *op.cit.*, pp. 74 a 86.

<sup>9</sup> Resolución GLAXO (Expte. 29/98), Fundamento de Derecho 5º.





publicado en *Noticias de la Unión Europea*, nº 180, Enero 2000,  
págs. 63 a 78.

competencia y evitar que se falsee y, como consecuencia, defender los intereses de los usuarios y consumidores"<sup>10</sup>.

Es igualmente admitido que la aplicación de dicho Derecho debe estar siempre guiada por la realización de los fines de la Unión -uno de cuyos principios esenciales es la libre circulación de mercancías-, dado el *carácter instrumental* de las normas sobre Competencia.

Los artículos 85 y 86 (ahora, tras el Tratado de Ámsterdam, arts. 81 y 82) cuyos destinatarios son las empresas, tratan de evitar los problemas que amenazan la libre circulación de mercancías, declarando la incompatibilidad con el Mercado Común (y en consecuencia, la prohibición) de los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas, prácticas concertadas o abusos de posición dominante "que puedan afectar al comercio intracomunitario". Por tanto, estas prácticas no están prohibidas por sí mismas, sino en la medida en que de ellas puedan derivarse efectos sobre el comercio entre los Estados miembros y sobre la competencia.

Por ello, y porque el principio de libertad de circulación de mercancías, aunque esencial en el proyecto comunitario, no es un principio absoluto, existen tanto en el propio Tratado de la Unión Europea como en las legislaciones nacionales normas que contemplan restricciones al mismo.

Existe igualmente un conflicto entre el marco normativo nacional y los principios comunitarios, por el carácter de territorialidad que informa tanto la protección jurídica de la propiedad industrial (art. 6.3 Convenio de la Unión de París) y porque la regulación de la fabricación y comercialización de medicamentos (y toda la estricta y minuciosa normativa en torno a controles y autorizaciones administrativo-sanitarias) tiene un alcance exclusivamente nacional.

El resultado es un mercado eminentemente fragmentado<sup>11</sup>, que tiene como consecuencia "que las fuerzas del mercado no pueden jugar libremente. Uno de los resultados más evidentes de ello es la notable diferencia de precios de los

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ-LEGA, C., "Derecho de la Competencia y Comercio Paralelo de Productos Farmacéuticos", *Informe CEDEF sobre importaciones paralelas*, 1995, pág. 123.

<sup>11</sup> Ver Comunicación de la Comisión, el Consejo y Parlamento Europeo sobre las líneas generales de Política Industrial que deben aplicarse al sector farmacéutico de la Comunidad Europea, D.O.C. COM (93) 718 final, Bruselas, 2 de marzo de 1994.



medicamentos, lo que a su vez crea las condiciones para que se produzcan importaciones paralelas<sup>12</sup>.

Y esto es así, sobre todo, porque esa diferencia de precios no obedece a motivos de mayor o menor eficiencia empresarial, sino simple y llanamente a la intervención administrativa en los países con sistema de control de precios de los medicamentos.

La doctrina comunitaria al respecto registra una evolución en la que se pueden distinguir claramente dos etapas<sup>13</sup>: desde el surgimiento de la Comunidad hasta 1995, y desde esa fecha a nuestros días. 1995 significa la finalización del periodo transitorio que contempló el artículo 47 del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas. En ese periodo, el titular de una patente en un Estado miembro podía oponerse a la importación de productos en ese país aún cuando éstos hubieran sido comercializados en España, (derogando, por tanto, la doctrina del "agotamiento comunitario de patente" a la que antes se ha hecho referencia) donde no existía por entonces la figura de la patente de producto.

Varios países advirtieron a la Comisión que el bajo nivel de precios en España (y también Portugal) significaría, en ausencia de la protección otorgada por el artículo 47 del Acta de Adhesión, un flujo de importaciones paralelas desde estos países al resto de Estados miembros. También algunos grandes laboratorios solicitaron que se tomara alguna medida en este sentido. Sin embargo, la Comisión consideró que esto no significaría "un peligro para el mercado de las especialidades farmacéuticas"<sup>14</sup>, y en consecuencia nada hizo al respecto.

## **B) Postura de las autoridades comunitarias.**

Tanto la Comisión y el Consejo como el Tribunal de Justicia de la Comunidad han adoptado una postura claramente favorable a las importaciones paralelas, tratando de evitar que las exigencias administrativas de los Estados miembros obstaculicen innecesariamente ese comercio y persiguiendo las prácticas empresariales que lo evitaban, por entender que dichas importaciones tenían un efecto beneficioso para el Mercado Común y para la competencia.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ-LERGA, C, *op.cit.*, pág. 127.

<sup>13</sup> ARAUJO BOYD, M., "Libre circulación de mercancías y productos farmacéuticos. La batalla interminable", *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 201, Junio /Julio 1999, pág. 68.

<sup>14</sup> KON, S. y SCHAEFFER, F., "Parallel Imports of Pharmaceutical Products: A new realism, or back to basics", *E.C.L.R.*, vol. 18, nº 3, Abril 1997, pág. 136.



publicado en *Noticias de la Unión Europea*, nº 180, Enero 2000,  
págs. 63 a 78.

Por un lado se han promulgado en este tema una serie de Directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros (Directiva 65/65/CEE<sup>15</sup> y Directiva 75/319/CEE<sup>16</sup>, ambas modificadas posteriormente por sucesivas Directivas).

A la vez, el Tribunal ha dictado Sentencias de condena para quienes impedían u obstaculizaban la efectividad de dichas importaciones mediante la imposición de restricciones a la exportación en los acuerdos de distribución<sup>17</sup>, de limitaciones al reembalaje de productos<sup>18</sup> o mediante negativas de suministro<sup>19</sup>.

Igualmente, se han perseguido las conductas que trataban de evitar las importaciones paralelas basándose en la regulación nacional sobre autorización para la comercialización (Caso *Adriaan de Peijper*<sup>20</sup> y Caso *Kortamnan*<sup>21</sup>) o el concepto de "medicamento" (Caso *Leedert van Bennekom*<sup>22</sup>).

Es cierto que el comercio paralelo provoca flujos comerciales, pero, en el caso de los productos farmacéuticos, y especialmente desde 1995, podría decirse que lo hace de forma artificial. Parte de una situación falseada por la intervención de precios, y en consecuencia la teórica capacidad de competir por precio no deriva de la eficiencia empresarial ni se producen los efectos beneficiosos que en principio se espera que se deriven de ese comercio (incremento de la oferta, mejora de la distribución, desarrollo tecnológico, mayor competencia, mejora del bienestar de los consumidores, etc...).

Así lo entendió la demandada: "Este comercio de origen español viene causando en los últimos años graves daños a la industria farmacéutica en general y a GLAXO en particular"<sup>23</sup>.

Ha llegado a afirmarse, por ello, que "el comercio paralelo de productos farmacéuticos que se produce por causas

<sup>15</sup> Directiva del Consejo 65/65/CEE, de 26 de enero de 1965, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre especialidades farmacéuticas, DOCE 1965, L 22/369.

<sup>16</sup> Directiva del Consejo 75/319/CEE, de 20 de mayo de 1975, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre especialidades farmacéuticas, DOCE 1975, L 147/13.

<sup>17</sup> Caso "Viho c. Toshiba", 1991, DOCE L 287/39.

<sup>18</sup> Caso "Dupont de Nemons", 1973, DOCE L 194/27.

<sup>19</sup> Caso "Newitt c. Dunlop", 1992, DOCE L 131/3.

<sup>20</sup> STJCE 20 de mayo de 1976, Asunto 104/75, "Adrian de Peijper", Rec., 1976, p. 613.

<sup>21</sup> STJCE 28 de enero de 1981, Asunto 32/80 "Ministere public c. JAWMJ Kortmann", Rec. 1981,p.251.

<sup>22</sup> STJCE 30 de noviembre de 1983, Asunto 227/82 "Proceso penal c. Leendert van Bennekom", Rec., 1983, p. 3883.

<sup>23</sup> Resolución "GLAXO" (Expte. MC 29/98), folio 14.



exógenas e impuestas a la voluntad de las empresas productoras, no actúa como elemento corrector de deficiencias del mercado sino que las acentúa, no favorece la consecución de los objetivos comunitarios, ni los generales ni los particulares de Derecho de la Competencia, y produce efectos enormemente perjudiciales”<sup>24</sup>.

Se trata, por tanto, de un claro ejemplo de arbitraje. No existiendo barreras de entrada (condición necesaria para que pueda darse este fenómeno) el arbitraje suele operar positivamente, haciendo que sea imposible mantener un precio artificial, es decir, un precio elevado por encima del nivel de competencia. Aquí lo que pasa es que el precio artificial -por todos los motivos anteriormente expuestos- es precisamente el precio de mercado.

España, por ser uno de los países de la Unión Europea con un nivel de precios más bajos en el mercado de medicamentos por causa fundamentalmente de esa fuerte intervención administrativa, se ha convertido en estos años en país “generador” de importaciones paralelas para el resto de Estados miembros de la Unión.

Ante esta situación, y conscientes de su desprotección ante el funcionamiento falseado del mercado, una postura que pueden adoptar las empresas es precisamente el articular mecanismos -como el sistema de doble precio- que eviten el comercio paralelo de sus productos.

### **C) La empresa y el mercado ante las importaciones paralelas.**

Las políticas que se implementan en la Unión Europea van orientadas hacia la consecución de un objetivo muy concreto: la mejora del bienestar social. Para ello, se asumen implícitamente una serie de postulados microeconómicos sobre los efectos de la protección de los derechos de propiedad industrial, el comercio y la competencia que quizá convenga recordar sucintamente<sup>25</sup>.

Tras una breve explicación de los conceptos que vamos a manejar en este apartado y de su aplicación concreta al sector de los productos farmacéuticos, veremos por qué en este caso

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ-LERGA, C. *op.cit.*, pág. 130.

<sup>25</sup> cfr. BOOER, T., EDMONDS, P., GLYNN, D. y OGLIALORO, C., “Economic Aspects of the Single European Market in Pharmaceuticals”, *E.C.L.R.*, vol. 20, nº 5, mayo 1999, pp. 256 y ss.



concreto sí hubiera sido razonable admitir una política de precios discriminatorios.

*a) Algunos postulados económicos básicos.*

El primero hace referencia al **libre comercio**. Tradicionalmente, el argumento que se ha utilizado para la defensa del libre comercio es el de la "ventaja comparativa": dos o más países gozarán de un mayor nivel de bienestar si cada uno produce y exporta aquellos bienes y servicios que puede producir *comparativamente* de manera más eficiente.

Este enfoque, sin embargo, no es tan útil cuando analizamos el comercio intraindustrial, es decir, aquel que se da entre países cuyo nivel de desarrollo es parecido y también lo son, en consecuencia, los ratios de recursos empleados en la producción de bienes.

En el caso de la industria farmacéutica, es evidente que conceptos como la concentración de empresas, el talante innovador y las decisiones sobre I+D juegan un papel esencial en el análisis, e influyen en la manera de valorar las prácticas llevadas a cabo por las empresas que compiten en este sector y el comercio mismo.

El segundo concepto a tener en cuenta es el de **competencia**. El objetivo tradicional de las políticas en este área ha sido precisamente promover la competencia y evitar las conductas y comportamientos que puedan restringirla. Esto se fundamenta en un sencillo análisis económico: en el modelo neoclásico, la competencia es preferida al monopolio porque genera un equilibrio de precios que consigue una asignación eficiente de recursos, a partir de la relación *precio = coste marginal*, y anula los beneficios extraordinarios (entendidos como aquellos fuera del beneficio normal de la empresa).

En este tipo de modelos<sup>26</sup>, la ausencia de barreras de entrada es beneficiosa, y también lo es el arbitraje (adquirir bienes en un mercado y venderlos en otro en donde su precio sea mayor), ya que son dos condiciones necesarias -aunque no suficientes- para impulsar la eficiencia empresarial: el productor no eficiente está continuamente "amenazado" por productores

<sup>26</sup> Vid. SAMUELSON, P. y NORDHAUS, W., *Economía*, 14ª Ed., Mc Graw Hill, 1993, págs. 179 a 186 para una explicación más detallada de la eficiencia y la equidad en los mercados competitivos.



publicado en *Noticias de la Unión Europea*, nº 180, Enero 2000,  
págs. 63 a 78.

que pueden ser más eficientes que él, lo que le obliga a mejorar sus procesos o se verá obligado a salir del mercado.

Sin embargo, a partir de los trabajos de Schumpeter<sup>27</sup>, se empieza a considerar a la competitividad como la pieza clave para el progreso. Nuevas firmas y tecnologías sustituyen a las anteriores. El mercado es impulsado por empresarios dinámicos e innovadores. Estar a la cabeza es esencial y sólo triunfa el que arriesga. La presunción sigue siendo favorable a la competencia, pero no como una forma de asegurar una asignación eficiente de recursos vía precios sino como un medio de obtener la necesaria recuperación de la inversión realizada para el desarrollo y lanzamiento de nuevos productos, recuperación que se conseguirá únicamente vía rentas monopolísticas, derivadas de una posición -quiera temporal- de dominio del mercado.

El tercer concepto que conviene recordar es el de **excedente del consumidor**. A partir de un diagrama simple de oferta y demanda, siempre hay un grupo de consumidores que están dispuestos a pagar por la cantidad X un precio superior al establecido en el equilibrio ( $P_x$ ); la suma de las cantidades que hubieran pagado de más es lo que recibe el nombre de excedente del consumidor.

Un ejemplo servirá para aclarar este concepto: el consumidor A está dispuesto a pagar 1.200.000 pts. por un ordenador nuevo; el consumidor B, cuyos ingresos son inferiores, pagaría sólo 1.000.000 pts. Si el ordenador cuesta 1.100.000 pts., A lo comprará y tendrá además un excedente del consumidor de 100.000 pts., mientras que B esperará. Si debido a una mejora tecnológica el ordenador pasa a costar 900.000 pts., A lo comprará, con un excedente del consumidor de 300.000 pts., y B también lo comprará, con un excedente del consumidor de 100.000 pts. El total del excedente del consumidor ha pasado de 100.000 a 400.000 pts.

En igual sentido, se define el **excedente del productor** como la diferencia entre las rentas derivadas de la utilización de unos servicios o factores productivos y el coste que supone la adquisición y mantenimiento de cada uno de ellos.

Los economistas siempre han admitido que un cambio que suponga que al menos unos mejoren y otros se queden igual (conocido como óptimo de Pareto) es, en general, una

<sup>27</sup>SCHUMPETER, J., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Ed. Harper Ross, Nueva York, 1942.



ganancia. Esta medida se aplica perfectamente a la mejora del bienestar, siendo el criterio de medida del bienestar social -según el esquema de Marshall- la suma del excedente del consumidor y del excedente del productor. En este modelo, como ya se ha explicado anteriormente, la política de precios viene definida por la regla *precio = coste marginal*, entendiéndose que es ésta relación la que asegura una asignación eficiente de recursos y la que maximiza el bienestar social.

Finalmente, hay que hablar de la **segmentación de mercados**, de los costes de inversión iniciales y los derechos de propiedad industrial. Hay multitud de ocasiones en las que una empresa puede "dividir" el mercado en el que opera en distintos sub-mercados. Los criterios para ello son variados (aunque no siempre es posible efectuarlo en la práctica): según la elasticidad de demanda existente para cada uno de ellos, según necesidades o preferencias de los consumidores, según condiciones de competencia existentes, geográficamente, etc.

Cuando una empresa tiene la posibilidad de distinguir los mercados en función de la elasticidad de demanda existente para cada uno de ellos, *puede* que se produzca una mejora del bienestar si en vez de un precio único la empresa ofrece sus productos a diferentes precios, llamados por ello precios discriminatorios. Decimos que *puede* que se produzca, porque dependerá del comportamiento de la oferta y la demanda.

Los **costes de inversión iniciales** son aquellos en los que una empresa incurre previamente al lanzamiento y comercialización de un producto. Son típicos de sectores como la industria farmacéutica, que requieren grandes inversiones para el desarrollo de sus productos.

Para recuperar la inversión que estos costes suponen, las empresas que incurren en ellos tienen que vender sus productos a un precio superior al coste marginal (el coste en que se incurre al producir una unidad adicional de producto). Esto es precisamente lo que se persigue con la protección de los **derechos de propiedad industrial**: darle a las empresas un periodo -limitado- de tiempo en el que gracias a la exclusividad con la que comercializan su producto pueden recuperar la inversión realizada, ya que tienen el suficiente poder de mercado como para operar con un precio superior al coste marginal.



*b) Aplicación al sector de productos farmacéuticos.*

Una conclusión que puede extraerse de toda la exposición anterior es que, si existe una segmentación de mercados y un elevado volumen de costes de inversión iniciales, la diferenciación de precios puede significar una mejora tanto para los consumidores como para los productores. Si el precio tiene que ser superior al coste marginal, para que la empresa pueda amortizar la inversión inicial (como por ejemplo en gastos de I+D), parece que la discriminación de precios será mejor alternativa, en términos de bienestar, que el precio uniforme<sup>28</sup>.

Naturalmente que la ganancia será neta para el grupo de consumidores con una mayor elasticidad de demanda, ya que a ellos se les aplicará el precio más bajo. Pero si las economías de escala y el crecimiento del volumen de producto<sup>29</sup> son suficientemente grandes, se producirá una mejora en el sentido de Pareto, ya que aquellos saldrán beneficiados mientras que para el resto de consumidores (el grupo de menos sensibilidad a precio, de mayor rigidez de demanda) el precio no se modificará o incluso también podrá bajar un poco.

Esta mejora del bienestar social debida a la discriminación de precios también se consigue evitando los costes sociales y las ineficiencias que suponen, en muchos casos, la integración de las funciones de los proveedores y suministradores que llevan a cabo las empresas<sup>30</sup>, con lo que esta integración vertical significa de posible creación de una situación de dominio de mercado o reforzamiento de una ya existente.

La cuestión es, ¿se dan estas dos condiciones en el mercado europeo de productos farmacéuticos?

Como ya se ha detallado anteriormente, se trata de un mercado eminentemente fragmentado. El principio de territorialidad que con carácter general informa la protección otorgada por las patentes y marcas, y la exclusividad de la competencia de los Estados miembros en materia de salud pública, controles administrativos y regulación de los

<sup>28</sup> Para el caso de un mercado en régimen de monopolio, y si se dan una serie de condiciones, se ofrece una demostración algebraica de esta proposición en SCHMALENSSEE, R., "Output and Welfare Implications of Monopolistic Third-Degree Price Discrimination", *Am. Econ. Rev.*, vol. 71, nº 6, Marzo 1981, págs. 242 a 247.

<sup>29</sup> El crecimiento del producto final es una condición necesaria para que la discriminación redunde en una mejora del bienestar social; *vid.* VARIAN, H., "Price Discrimination and Social Welfare", *Am. Econ. Rev.*, vol. 75, nº 4, Sep. 1985, pág. 870.

<sup>30</sup> KATZ, M., "The Welfare Effects of Third-Degree Price Discrimination in Intermediate Good Markets", *Am. Econ. Rev.*, vol. 77, nº 1, Marzo 1987, pág. 163.





medicamentos, hacen de cada país un sub-mercado claramente diferenciado. Si a ello unimos las diferencias entre los sistemas sanitarios y el volumen de renta per cápita, tenemos que la segmentación del mercado europeo por sub-mercados nacionales se aproxima a la definida por la teoría económica de forma bastante cercana.

Ello hace que la elasticidad-precio de la demanda de medicamentos en cada uno de los Estados miembros sea diferente. Además, como también es diferente la capacidad adquisitiva, lo más eficiente será una oferta cuyos precios de mercado sean superiores en aquellos países de mayores ingresos, y menores en aquellos países de menores ingresos.

Por otro lado, la importancia de los costes iniciales de inversión parece también clara. El sector de las especialidades farmacéuticas es un sector que se basa, principalmente, en la investigación y el desarrollo. Por término medio<sup>31</sup>, y en un sector que se autofinancia en un 90% del volumen de gasto, hacen falta unos 12 años y un gasto de 200 millones de ECUS en I+D para lanzar una nueva medicina al mercado. De los miles de sustancias que una firma sintetiza en sus laboratorios, sólo un centenar podrá convertirse en medicamentos, de los que solamente tres o cuatro obtendrán las oportunas autorizaciones para ser comercializados.

Para estas empresas, la posibilidad de recuperar esas ingentes inversiones es clave para su viabilidad futura y para poder seguir desarrollando y comercializando nuevos productos, con la importancia que eso tiene en conseguir elevar la salud y la calidad de vida de los ciudadanos europeos.

En este contexto, imponer un precio uniforme (o lo que es lo mismo, permitir que éste se forme por aproximación vía importaciones paralelas) reducirá el bienestar de los consumidores y de la sociedad en general, empezando -no podía ser de otra manera- por aquellos consumidores con una menor elasticidad de demanda, que son habitualmente los de menores ingresos.

Las empresas, si no se les permite adecuar la oferta a las condiciones de la demanda, optarán por comercializar sus productos de forma que obtengan una rentabilidad superior, es decir, con unos niveles de precios lo más elevado posible. Se

<sup>31</sup> NAZERALI, J., HOCKING, S. y RANASINGHE, U., "Parallel Imports of Pharmaceuticals -A Prescription for Success or a Free Market Overdose?", *E.C.L.R.*, vol. 19, nº 6, Julio 1998, pág. 332.



cumple así la denuncia, tantas veces formulada desde diferentes ámbitos<sup>32</sup>, de que el efecto distributivo de la regla sobre discriminación de precios es un flujo de recursos de las regiones más pobres de Europa hacia las más ricas.

#### **IV. La discriminación de precios.**

Llegamos, finalmente, a la práctica que está en la base de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en el asunto GLAXO WELLCOME S.A., y que es la discriminación de precios.

Ha de advertirse de antemano que se trata ésta de una figura dentro del Derecho de la Competencia cuyos contornos no están todavía bien precisados, sujeta a un alto grado de ambigüedad en cuanto a sus efectos -por lo menos desde un punto de vista de eficiencia económica- y jurídicamente susceptible de las más variadas interpretaciones, empezando por el concepto mismo de "discriminación".

##### *a) Breve introducción histórica a la práctica de la discriminación de precios.*

Tal como se recoge en el Fundamento de Derecho 8º de la Resolución, la Comisión Europea ha considerado en reiteradas ocasiones (entre otros asuntos "Distillers", "Pittsburg Corning Europe", "Kodak") contrarios al artículo 85.1 TCE aquellos acuerdos por los cuales un fabricante establece, directa o indirectamente, dos precios distintos para un mismo producto en función de cuál sea el Estado miembro en el que vaya a comercializarse por el distribuidor o mayorista adquirente.

Estas Decisiones de la Comisión Europea son, no obstante, relativamente novedosas, ya que en un principio la apreciación de la existencia de precios discriminatorios se hizo en el contexto de las conductas de abuso de posición de dominio del art. 86 TCE. Así, el pronunciamiento que ha dado origen a un largo debate doctrinal durante más de veinte años y que es el que marca la pauta en cuanto a la forma de interpretar y aplicar este artículo por parte del Tribunal de

<sup>32</sup> BISHOP, W., "Price Discrimination under Article 86: Political Economy in the European Court", *Mod. L. Rev.*, Mayo 1981, nº 44, pág. 288.



publicado en *Noticias de la Unión Europea*, nº 180, Enero 2000,  
págs. 63 a 78.

Justicia de la Comunidad es la famosa Sentencia *United Brands*<sup>33</sup>.

Resumidamente, *United Brands Co.* era un grupo empresarial que detentaba una posición dominante en una parte sustancial del mercado europeo de los plátanos. La Comisión (en una decisión luego refrendada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad) entendió que U.B.C. discriminaba al aplicar diferentes precios a sus distribuidores para Europa (situados en los puertos de Róterdam y Bremerhaven), según cuál fuera el destino de sus productos.

En esa sentencia se hace un análisis de las políticas de precios de las empresas, estableciéndose la norma de interpretación para los casos de discriminación. En opinión de parte de la doctrina, "si se sigue esa pauta, en primer lugar se verán perjudicadas las regiones más pobres de la Comunidad Económica Europea en beneficio de las más ricas, y en segundo lugar se introducirán ineficiencias en las estructuras comerciales de las empresas de la Comunidad"<sup>34</sup>.

La Sentencia *United Brands* ha sido analizada con profusión, y las conclusiones que se extraen de la misma parecen ser siempre las mismas: "Los consumidores no mejoran su posición porque tienen que pagar el mismo precio (...); la eficiencia económica tampoco aumenta porque prohibir la discriminación favorece la integración vertical de las empresas, con lo que lo único que se consigue es un reforzamiento de una posición de dominio ya existente"<sup>35</sup>; "desafortunadamente, la legislación comunitaria está todavía insuficientemente desarrollada para ofrecer criterios claros"<sup>36</sup>.

A esta Sentencia no tardó en seguirle el pronunciamiento *Hoffmann-La Roche*<sup>37</sup>, cuya acogida por la doctrina tampoco es que haya sido precisamente entusiasta: "...el enfoque del Tribunal revela una vez más que el objetivo principal de las autoridades comunitarias en materia de antitrust es proteger la expansión de los pequeños comerciantes a costa de los

<sup>33</sup> *United Brands v. E.C. Commission*, (1978) C.M.L.R. , 429., Caso 17/74.

<sup>34</sup> BISHOP, W., *op. cit.*, pág. 282.

<sup>35</sup> ZANON, L., "Price Discrimination under Article 86 of The E.E.C. Treaty: The United Brands Case", *Int'l & Comp .L. Q.*, nº 31, 1982, pág. 51.

<sup>36</sup> SIRAGUSA, M., "The Application of Article 86 to the Pricing Policy of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices", *Common Mkt L. Rev.*, nº 16, 1979, pág. 193.

<sup>37</sup> *Hoffmann-La Roche v. E.C. Commission*, (1979) E.C.R., p. 504, Caso 85/76.



grandes, en vez de favorecer el crecimiento de los eficientes a costa de los menos eficientes”<sup>38</sup>.

No faltan pronunciamientos recientes en esta materia de todos los órganos comunitarios: la Comisión, en el asunto *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*<sup>39</sup> resolvió que Aéroports de Paris, sirviéndose de su posición dominante, había impuesto cánones comerciales discriminatorios en los aeropuertos de Orly y de Roissy-Charles de Gaulle a los agentes y usuarios que ejercen servicios de asistencia en tierra; el Tribunal de Primera Instancia, en asunto *Deutsche Bahn AG c. Comisión de las Comunidades Europeas*<sup>40</sup> desestimó el recurso de la demandante por entender que aquella abusó de su posición dominante al aplicar tarifas de transporte discriminatorias según los transportes fueran realizados entre un puerto belga o neerlandés y Alemania o entre localidades alemanas; el Tribunal de Justicia, en el asunto *Ufex, DHL Internacional y Service CRIE*<sup>41</sup> estimó el recurso de casación planteado por entender que la recurrida había abusado de su posición dominante estableciendo condiciones comerciales discriminatorias en favor de una empresa del mercado de los servicios postales básicos y de correo rápido internacional.

Naturalmente, las Resoluciones de nuestras autoridades en materia de competencia tampoco son ajenas a esta figura, siendo la más reciente la del asunto *BT/TELEFÓNICA*<sup>42</sup>, en la que el Tribunal de Defensa de la Competencia declara acreditada -entre otras prácticas- la existencia de un abuso de posición dominante por parte de Telefónica de España S.A., consistente en aplicar tarifas discriminatorias que colocaban a BT en posición desventajosa.

#### *b) La discriminación realizada por GLAXO.*

Nos ha parecido interesante traer a colación estos pronunciamientos porque, aún siendo diferente el punto de partida en estos casos (abuso de posición de dominio) que el

<sup>38</sup> ZANON, L., “Price Discrimination and Hoffmann-La Roche”, *J. World Trade L.*, 1981, vol. 15, pág. 320.

<sup>39</sup> Decisión 98/513/CE de la Comisión, de 11 de junio de 1998.

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 21 de octubre de 1997, Asunto T-229/94.

<sup>41</sup> STJCE de 4 de marzo de 1999, Asunto C-119/97 P.

<sup>42</sup> Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de enero de 1999, Expte. 412/97.



publicado en *Noticias de la Unión Europea*, nº 180, Enero 2000,  
págs. 63 a 78.

acuerdo colusorio entre empresas de la Resolución GLAXO, la práctica anticompetitiva sigue siendo, en todos ellos, la discriminación de precios.

A este respecto, las alegaciones de GLAXO (recogidas en el Fundamento de Derecho 8º de la Resolución) pueden sistematizarse básicamente en dos puntos:

1) No hay discriminación de precios porque GLAXO sólo fija uno de los precios con criterios objetivos, mientras que el otro es fijado por la Administración.

2) Las nuevas Condiciones Generales de Venta no impiden el comercio paralelo.

Son la misma cuestión, pues la finalidad de la discriminación es precisamente evitar el comercio paralelo de especialidades farmacéuticas.

Para rebatir las afirmaciones de GLAXO sobre la intervención administrativa de precios, hace el Tribunal una remisión al artículo 100 de la Ley 25/1990 del Medicamento y a la regulación sobre el régimen de fijación de precios industriales<sup>43</sup>, teniendo en cuenta, además, que al decidir libremente comercializar sus productos en España -sin tener ninguna obligación para ello-, debe aceptar todas las consecuencias de nuestra normativa en esta materia.

La principal cuestión a tratar es, pues, la que hace referencia al "objeto o efecto" de la cláusula 4 de las nuevas condiciones generales de venta. Como hemos visto anteriormente, no es el acuerdo en sí lo que el art. 85.1 sanciona, sino las consecuencias restrictivas de la competencia que de él se derivan.

Según GLAXO, su política de diferenciación de precios en las condiciones generales de venta no impide el comercio paralelo. Sin embargo, esta afirmación la contradice la propia GLAXO en manifestaciones que obran en el expediente, en el sentido de que "su única finalidad y su único efecto es restringir las exportaciones de especialidades farmacéuticas desde España hacia otros Estados de la Comunidad Europea" (folio 488), y viene también desvirtuada porque tal finalidad es la que ha sido claramente percibida por los mayoristas, ya que a partir de la firma de las condiciones generales muchos suprimieron las

<sup>43</sup> Real Decreto 271/90, de 23 de febrero, en virtud de la remisión que hace al mismo la Disposición Transitoria octava de la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.



exportaciones de determinados productos, que carecían en las nuevas condiciones de interés comercial.

Partiendo de estas premisas "resulta aplicable al presente expediente el criterio adoptado por la Comisión Europea -ratificado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad- en su Decisión de 13 de julio de 1987, en el asunto *SANDOZ*<sup>44</sup>, precedente que se refiere específicamente al comercio paralelo de especialidades farmacéuticas cuyo origen se realizó en un país -Italia- en el que las características del mercado farmacéutico se corresponden con las del mercado español"<sup>45</sup>.

En aquella Decisión la Comisión sancionó la conducta de dicha empresa que, mediante la cláusula "prohibida la exportación" que figuraba en las facturas que empleaba, conseguía el efecto de "evitar, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común", llevando a cabo una compartimentación de los mercados nacionales contraria a los objetivos básicos de la Comunidad.

Entiende por tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia que existe una infracción del art. 85.1 del TCE. Existe una práctica de precios discriminatorios.

Además, el hecho de que las nuevas condiciones generales de venta, al menos indiciariamente, tengan por objeto o produzcan el efecto de restringir las exportaciones constituye un acuerdo contrario a las normas de defensa de la competencia, por lo que se aprecia igualmente una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (Fundamento de Derecho 9º).

Finalmente, la no disponibilidad de las especialidades líderes de GLAXO afectaría no sólo a su suministro, sino también al resto de los productos que son solicitados por las farmacias, al desviarse el conjunto de los pedidos de un distribuidor mayorista a otros con los que está asociada la farmacia. La conducta tiene, en tal caso, entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado. El resultado es que la negativa de suministro de GLAXO puede ser considerada un indicio de una explotación de la situación de dependencia económica de los clientes mayoristas, contraria al art. 16.2 de la Ley de Competencia Desleal en relación con el art. 7 LDC (Fundamento de Derecho 10º).

<sup>44</sup> *Sandoz c. Comisión*, Caso C-277/87, 1990, I E.C.R. 45.

<sup>45</sup> Resolución *GLAXO*, Expte. MC 29/98, folio 19.



## V. Conclusiones.

Nos encontramos ante una situación cuya dificultad es innegable, y así parece admitirse por las propias autoridades comunitarias tras el fracaso de las tres "mesas redondas" convocadas desde 1997 entre los principales expertos, operadores y autoridades del mercado europeo de productos farmacéuticos y cuya dirección corrió a cargo del -por otros motivos célebre- Comisario Bangemann.

El objetivo de la creación en Europa de un Mercado Único, también en el sector de los productos farmacéuticos, parece chocar contra un muro con la fragmentación debida a las diferentes legislaciones de los Estados miembros. La libre circulación de mercancías se ve obstaculizada por los derechos de propiedad industrial e intelectual. La intervención sobre los precios hace que las empresas no actúen en las condiciones propias de un sistema de libre mercado.

La cuestión es si en estas condiciones, no existiendo las premisas propias de un mercado en el que prevalezca la libre competencia, es razonable aplicar los mismos criterios que si ésta existiera con normalidad y no estuviera falseada *a priori*.

Pensamos que no. El carácter instrumental de la normativa en materia de competencia debería impulsar una aplicación de la misma más orientada hacia la eficiencia en las transacciones comerciales, una mejora del bienestar social y unas políticas que permitan a las empresas recuperar la inversión que realizan para el lanzamiento y comercialización de sus productos, eje del funcionamiento del mercado y de las economías modernas.

Hemos visto como, aún no existiendo el falseamiento debido a la intervención de precios, en este mercado se dan las condiciones que la teoría económica establece para que una política de precios diferenciados sea más beneficiosa que la de precio único.

Si encima, nos encontramos con esa intervención administrativa, podemos concluir que permitir las importaciones paralelas prohibiendo la discriminación de precios no obedece a criterios de eficiencia (ya que no se consigue una mejor asignación de recursos ni mejora el bienestar social), ni de justicia (la redistribución operada al impedir la discriminación de precios es un flujo de rentas de los países más pobres a los



más ricos), ni de ayuda a las empresas (que, de no hacerse algo por impedir este problema, verán seriamente amenazada su rentabilidad actual y, por tanto, su viabilidad futura). Entendemos que el único criterio que avala esta postura sea el de la consecución de un Mercado Único.

La apreciación que en la Resolución GLAXO lleva a cabo el Tribunal de Defensa de la Competencia es, en una primera lectura, conforme plenamente a los precedentes comunitarios en esta materia y ajustada a derecho. La descripción de la práctica llevada a cabo por esa empresa coincide con el tenor literal del artículo 85.1 TCE; lo que no nos atrevemos es a llamarla práctica restrictiva de la competencia. Lo que restringe la competencia es la intervención administrativa de los precios; la empresa lo único que hace es "defenderse" de ese falseamiento del mercado.

Por ello pensamos que debiera haberse atendido al razonamiento sobre los efectos económicos de la discriminación de precios, y a la situación de falseamiento de la competencia del que se parte en este mercado. No lo hace así el TDC, ni en la Resolución estudiada, ni en la reciente de 19 de julio de 1999, en la que se acuerdan nuevas medidas cautelares y nuevas multas para GLAXO<sup>46</sup>.

El mismo problema subyace en la postura adoptada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad y la Comisión en sus Sentencias y Decisiones, que adolezca quizás de un exceso de "formalismo legal" cuando desoye o desatiende la valoración que, desde un punto de vista económico, merecen los efectos de sus pronunciamientos.

Desde esta perspectiva, nos parece necesario introducir en el esquema de los órganos comunitarios dos posturas:

- Mayor sensibilidad ante la tremenda injusticia que supone la falta de armonización de las legislaciones nacionales sobre los mecanismos de control de precios de los medicamentos.
- Unos criterios de valoración que atiendan también a razones económicas, esenciales a la hora de enjuiciar comportamientos como la discriminación de precios.

La primera estuvo a punto de imponerse a partir de las tesis expresadas por el Abogado General en el asunto *Merck v. Primecrown*<sup>47</sup>, pero en la Sentencia el Tribunal se negó a revisar

<sup>46</sup> Resolución del Pleno del TDC, de 19 de julio de 1999, Expte. MC 30/99, Glaxo 2.

<sup>47</sup> STJCE de 5 de diciembre de 1996, Asunto C-267 y C-268/95, Rec. p. I-6285.





publicado en *Noticias de la Unión Europea*, nº 180, Enero 2000,  
págs. 63 a 78.

su jurisprudencia sobre la libre circulación de mercancías. Sí parece que puede hacerlo -lo veremos cuando acabe la cadena de recursos- desde que el Presidente del Tribunal de Primera Instancia, en un auto<sup>48</sup> ha suspendido la ejecución de la Decisión de la Comisión en el caso *Bayer-Adalat*<sup>49</sup> precisamente por entender -entre otras cosas- que el comercio paralelo en la situación actual del mercado farmacéutico europeo no es beneficioso.

La segunda, que en Estados Unidos ya ha revolucionado la aplicación por parte del *Supreme Court* y la *Federal Trade Commission* de la normativa antitrust<sup>50</sup>, parece también ser un objetivo a conseguir por las autoridades comunitarias en materia de competencia, según se explicita en actuaciones de la Comisión como la reciente publicación del Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, donde se afirma que "La reforma propuesta en el presente Libro Blanco (...). Irá acompañada del mantenimiento de un enfoque rigurosamente económico de la aplicación del artículo 85"<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Auto del Presidente del TPI de 3 de Junio de 1996, Asunto T-41/96, Rec. p. II-381.

<sup>49</sup> Decisión 96/478/CE de 10 de enero de 1996, *DOCE* L201 9.VIII.96, p. 1.

<sup>50</sup> *Vid.* como ejemplo claro de esta corriente, los 15 "grandes casos" en materia antitrust analizados y comentados por los expertos que intervinieron en ellos en KWOKA, J., y WHITE, L. (editors), *The Antitrust Revolution (The Role of Economics)*, 2nd. ed., Oxford University Press, Nueva York, 1994.

<sup>51</sup> Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, *DOCE* C132, 12 de mayo de 1999, pág. 20.