



**NOTA INFORMATIVA
IberForo Madrid Abogados**

**NOVEDADES EN RELACIÓN CON EL
SISTEMA DE "DOBLES PRECIOS" DE MEDICAMENTOS: COMENTARIO DE
LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES
EUROPEAS (TJCE) DE 6 DE OCTUBRE DE 2009 EN EL ASUNTO GLAXO
WELLCOME (AHORA GLAXO-SMITHKLINE)**



AVISOS

Esta nota no constituye un asesoramiento jurídico, sino que se trata de una nota-resumen de los aspectos que este Despacho ha entendido más relevantes o del posible interés de sus Clientes en relación con el asunto que se trata.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 6 de octubre de 2009 en los asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P Y C-519/06 P ha admitido que el **sistema de "dobles precios" pueda llegar a ser objeto de una exención en base al apartado 3 del art. 81 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE)**, en línea con la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI de 27 de septiembre de 2006 en el mismo procedimiento (asunto T-168/01)), siempre que éste pueda generar una ventaja económica mediante su contribución a la innovación.

Conviene, en primer lugar, recordar que por práctica de "dobles precios" se entiende aquella por la que una empresa farmacéutica, en el marco de contratos con sus distribuidores, distingue una política de precios dobles en función de si el producto se va a comercializar en España o en el resto de los países de la UE. Este sistema general de "dobles precios" había sido considerado por la Comisión como contrario al artículo 81 apartado 1 del TCE, que dispone que:

*"serán incompatibles con el mercado común **y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común**".*



Y ello porque se entiende que el referido sistema tiene como efecto la restricción de la competencia mediante la limitación del comercio paralelo y, por lo tanto, la compartimentación del Mercado Único en varios mercados nacionales donde la competencia es menor.

Por su parte, el art. 81 apartado 3 excepciona de la prohibición establecida en el primer apartado de este mismo artículo, a los acuerdos y contratos *“que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante”* siempre que no *“impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar”* u *“ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”*. Y es precisamente en relación con esta exención de la prohibición general donde radica la novedad de lo resuelto por el TJCE y el TPI en este asunto.

En concreto, tras la denuncia de ASEPROFAR y EAEPC, la Comisión Europea, en su *Decisión 2001/791/ CE de 8 de mayo de 2001* declaró que la sociedad Glaxo Wellcome SA, filial de GlaxoSmithKine Services Unlimited (GSK), había infringido el art. 81 del TCE al celebrar un acuerdo con mayoristas españoles que establecía una distinción entre los precios aplicables a la reventa de 82 medicamentos reembolsables a farmacias u hospitales en el territorio nacional y los precios aplicados a las exportaciones de medicamentos a cualquier otro Estado miembro. Además, la Comisión desestimó la petición de exención de dicho acuerdo con arreglo al art. 81 CE apartado 3.

GSK recurrió dicha Decisión en anulación. El TPI, en su Sentencia de 27 de septiembre de 2006 (asunto T-168/01) concluye (i), en línea con la Decisión de la Comisión que la práctica de “dobles precios” era contraria al derecho de la competencia en virtud del artículo 81. apartado 1, por sus efectos, que no por su objeto¹, aunque (ii) anuló parte de la Decisión de la Comisión, por considerar que ésta no había examinado adecuadamente la petición de Glaxo sobre la aplicación de la exención prevista en el art. 81 apartado 3 TCE.

Tanto GSK como la Comisión recurrieron en casación la Sentencia del TPI. GSK alegó que, si bien se le concede la exención en base al 81 apartado 3, el Tribunal yerra al considerar esta práctica como esencialmente contraria al derecho de la competencia. Por su parte, la Comisión adujo que dichos acuerdos de “doble precio” en ningún caso podían beneficiarse de la exención prevista en el art. 81 apartado 3.

Pues bien, en relación con el carácter restrictivo del sistema de “doble precio” en el mercado de los medicamentos, **el TJCE rechaza el recurso de GSK y confirma la**

¹ Sentencia TPI de 27 de septiembre de 2006, apartado 147: *“la conclusión principal de la Comisión, conforme a la cual debe considerarse que el artículo 4 de las condiciones generales de venta es contrario al artículo 81 CE, apartado 1, en la medida en que tiene por objeto restringir el comercio paralelo, no puede ser acogida. Dado que los precios de los medicamentos de que se trata quedan, en buena medida, al margen del libre juego de la oferta y de la demanda, en virtud de la normativa aplicable, y son determinados o controlados por los poderes públicos, no puede tenerse por acreditada automáticamente la idea de que el comercio paralelo tiende a reducirlos y, en consecuencia, a incidir favorablemente en el bienestar de los consumidores finales. Por lo tanto, el análisis del tenor del artículo 4 de las condiciones generales de venta, efectuado en este contexto, no permite presumir que esta estipulación, que pretende limitar el comercio paralelo, incida desfavorablemente en el bienestar de los consumidores finales. Por consiguiente, en esta situación, en gran parte novedosa, no puede deducirse el carácter restrictivo de la competencia de dicho acuerdo de la sola lectura contextualizada de sus términos, de tal modo que deben necesariamente considerarse sus efectos, aun cuando sólo sea para confirmar lo que de dicha lectura haya podido inferir la autoridad reguladora.”*



decisión del TPI de considerar que el acuerdo firmado entre GSK y sus distribuidores es contrario al art. 81 apartado 1.

Recuerda su jurisprudencia tradicional declarando que *“los acuerdos con los que se pretenden prohibir o limitar el comercio paralelo tienen por objeto obstaculizar la competencia”* además de tener como objetivo *“la compartimentación de los mercados nacionales con arreglo a las fronteras nacionales o dificultar la interpenetración de los mercados nacionales”*.

En este punto debe destacarse una diferencia en la interpretación del carácter restrictivo del acuerdo. Como se ha indicado más arriba, el TPI consideró que lo era **por sus efectos**. El TJCE, por su parte, **indica que el TPI cometió un error de interpretación del art. 81 apartado 1** *“al supeditar la comprobación de que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia a que los consumidores finales se vean privados de las ventajas de una competencia efectiva en términos de abastecimiento o de precios”*. Y es que *“ni el tenor literal del artículo 81 CE, apartado 1, ni la jurisprudencia permiten corroborar tal afirmación*.

Por un lado, no se desprende en modo alguno de esta disposición que únicamente puedan tener un objeto contrario a la competencia los acuerdos que priven a los consumidores de determinadas ventajas. Por otro lado, es necesario señalar, que el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 81 CE, al igual que las demás normas de competencia del Tratado, está dirigido a proteger no sólo los intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal. Por lo tanto, la comprobación de que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia no puede estar supeditada a que los consumidores finales se vean privados de las ventajas de una competencia efectiva en términos de abastecimiento o de precio”

A pesar de esta diferencia de criterio, **el TJCE mantiene la posición del TPI y desestima la pretensión de GSK de que los acuerdos de “doble precio” dejen de considerarse como anticompetitivos**.

Por su parte, en **relación con la cuestión de la exención de dichos acuerdos en base al art. 81 apartado 3**, el TJCE también confirma la sentencia del TPI, **rechazando el recurso de la Comisión, al decidir que, en el sector farmacéutico, basta para ello que la empresa que desee obtener la exención demuestre que es probable que pueda producirse un incremento de la eficacia**.

En este sentido, concreta que se trata de *“evaluar las ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que el acuerdo genera en el ámbito de la competencia”* y concluye que *“una exención que se concede para un determinado período puede implicar un análisis prospectivo de las ventajas vinculadas al acuerdo y para afirmar la existencia de una ventaja objetiva apreciable basta que la Comisión, sobre la base de los elementos de que dispone, llegue a la conclusión de que es suficientemente probable que se produzca la ventaja objetiva apreciable”*.

A su vez, subraya que el examen de las ventajas de un acuerdo debe realizarse teniendo en cuenta *“las características y eventuales particularidades del sector al que se aplica el acuerdo, si dichas características y particularidades son decisivas para el resultado del examen”*. El **TJCE hace hincapié en las particularidades del sector farmacéutico** (en el que el precio de los medicamentos no se determina libremente mediante el juego de la oferta y de la demanda, sino que es fijado o controlado por los Estados miembros) **para justificar la posición del TPI y apoya la manera en la que se llevó a cabo el análisis que justifica la concesión de la exención en base al art. 81 apartado 3**,



instando en este sentido a la Comisión Europea a que realice un nuevo examen de las alegaciones de hecho y de las pruebas aportadas por Glaxo a fin de determinar si cabe la exención del artículo 81 apartado 3, por contribuir la aplicación de un sistema de "dobles precios" a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y ello considerando las características y eventuales especificidades del sector de los medicamentos y ello, porque en su momento la Comisión no tuvo en cuenta todos los elementos pertinentes aportados por GSK en lo que respecta a la pérdida de eficacia derivada del comercio paralelo y al aumento de eficacia generado por las condiciones generales de venta.

En suma, la Sentencia comentada concluye que el **sistema de "dobles precios"** contenido en acuerdos entre fabricante y distribuidores **en el sector farmacéutico es contrario al derecho de la competencia por su objeto, sin que deban considerarse necesariamente sus efectos**, aunque el mismo **puede llegar a quedar exento de prohibición** si las ventajas económicas y tecnológicas que, en este sector, puedan suponer para el mercado, concurren con suficiente grado de probabilidad.

Como regla general, y tras la entrada en vigor en nuestro país el 1 de septiembre de 2007 de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, que sustituye el modelo de autorización singular antes vigente, serán ahora las propias empresas las que, debidamente asesoradas, deban analizar (a través de la comúnmente denominada "autoevaluación") estos sistemas de "doble precio" y la probabilidad de que de los mismos deriven ventajas económicas y tecnológicas en el mercado, y decidan, en función del resultado del análisis, sobre la aplicación de los mismos.

Octubre 2009.



IberForo Madrid Abogados

Marqués de Cubas, 6
28014 Madrid (España)
Telf.: +34 913 605 183
Fax: +34 915 215 762
E-mail: madrid@iberforo.net