CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON

presentadas el 10 de marzo de 1989 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. La jurisprudencia de este Tribunal de Justicia en materia de libre circulación de mercancías testimonia su determinación de alcanzar los objetivos de la integración en dicha materia. Pero esta intención, que hago mía decididamente, tiene naturalmente un límite, el del sentido común, y una obligación, la de que la opinión pública, tanto la especializada como la profana, comprenda la orientación marcada por la jurisprudencia de este Tribunal. Y, a mi juicio, al Tribunal de Justicia se le propone hoy salirse de este marco al solicitarle que se adhiera a una modificación implícita de las funciones respectivas del médico y del farmacéutico, tal como las conciben la casi totalidad de los Estados miembros de la Comunidad. Que este Tribunal de Justicia me perdone el haber expresado mis sentimientos, antes incluso de haber evocado las dificultades planteadas al propio Tribunal. Soy consciente de que de este modo me aparto de los usos, pero con ello pretendo llamar desde el principio la atención sobre la muy delicada materia que hoy se discute.

2. Las dos series de cuestiones prejudiciales de la Court of Appeal exigen que este Tribunal de Justicia conozca una vez más de las importaciones paralelas de medicamentos. [1]

3. Con objeto de adaptar su Derecho interno a la sentencia De Peijper, [2] el Reino Unido estableció en mayo de 1984 un sistema llamado Product Licence (Parallel Import) [en lo sucesivo, «PL (PI)»], cuyos rasgos principales es útil recordar. La concesión de la licencia PL (PI) se condiciona a los siguientes requisitos:

— que el producto sea importado de un Estado miembro en el que disfrute de una autorización de comercialización;

— que no difiera en absoluto, en cuanto a efectos terapéuticos, de un producto cubierto por una licencia concedida ya en el Reino Unido;

— que tiene que ser fabricado por el mismo fabricante o por un miembro del mismo grupo de sociedades que el producto amparado por la licencia británica, o por un licenciatario del fabricante de dicho producto.

La obtención de la licencia PL (PI) autoriza a su beneficiario a importar y comercializar el producto de que se trata en el territorio del Reino Unido.

4. Señalaré de inmediato que el litigio principal tiene su origen en una situación en la

* Lengua original: francés.

1 — Véanse, especialmente, las sentencias de 29 de febrero de 1968, Parke, Davis and Co., 24/67, Rec. 1968, p. 81; de 31 de octubre de 1974, Centrafarm/Sterling Drug, 15/74, Rec. 1974, p. 1147; de 31 de octubre de 1974, Centrafarm/Winthrop, 16/74, Rec. 1974, p. 1183; de 20 de mayo de 1976, De Peijper, 104/75, Rec. 1976, p. 613; de 23 de mayo de 1978, Hoffmann-La Roche/Centrafarm, 102/77, Rec. 1978, p. 1139; de 10 de octubre de 1978, Centrafarm/American Home Products Corporation, 3/78, Rec. 1978, p. 1823; de 14 de julio de 1981, Merck/Stephar y Exler, 187/80, Rec. 1981, p. 2063, y de 3 de diciembre de 1981, Pfizer/Eurim-Pharm, 1/81, Rec. 1981, p. 2913.

2 — Ya citada, nota 1.

que el producto PL (PI) ostenta una marca diferente de la que lleva en el Reino Unido.

5. Las medidas impugnadas —tanto el Code of Ethics [3] de la Pharmaceutical Society of Great Britain (en lo sucesivo, «Pharmaceutical Society») y su interpretación, [4] como el apartado 2.1 de los «Terms of Service» establecidos por el National Health Service (en lo sucesivo, «NHS»), tal como lo interpreta el Secretary of State for Social Services— prohíben que los farmacéuticos dispensen productos de distinta marca o nombre que las recetadas por el médico. Estas medidas generales se aplican asimismo cuando el producto PL (PI) ostente una marca distinta de la del producto recetado por el médico.

6. Para aclarar debidamente todos los aspectos del litigio principal, he de recordar en primer lugar que, de conformidad con la sentencia de este Tribunal Centrafarm contra American Home Products Corporation (en lo sucesivo, «American Home Products»), [5] el hecho de registrar en dos Estados miembros distintos dos marcas diferentes para el mismo producto no es en sí mismo contrario al Tratado. Por consiguiente, el titular de una marca puede oponerse a que un tercero no autorizado fije en un producto, que ostente legalmente una de las marcas, la otra marca de que se trata. Sin embargo, el Tribunal de Justicia establece una excepción en el supuesto de que se registren dos marcas con la intención de compartimentar los mercados.

7. Señalo a continuación que los médicos británicos generalmente recetan medicamentos usando el nombre que les resulta familiar, es decir, el que se utiliza en el Reino Unido. Cuando dicho nombre es el mismo que la marca del producto PL (PI), las medidas impugnadas no prohíben que se dispense dicho producto. No sucede lo mismo cuando las dos marcas son diferentes. En esos casos, el Derecho positivo británico prohíbe al farmacéutico dispensar el producto PL (PI), en la medida en que le prohíbe también que dispense cualquier producto que no ostente la marca recetada por el médico.

8. Hasta la fecha, se han acogido a una licencia PL (PI) cerca de 220 productos y unos 50 ostentan una marca diferente. Además, 19 de estos últimos figuran entre los 300 medicamentos que se recetan con mayor frecuencia en el Reino Unido.

9. Antes de que fuesen adoptadas las medidas impugnadas, se había desarrollado un importante comercio de productos PL (PI), porque los farmacéuticos, *motu proprio,* dispensaban estos últimos productos aunque llevasen una marca diferente, incluso en presencia de una receta que prescribía la marca británica. La razón es muy simple: el farmacéutico cobra con arreglo a la tarifa prevista para el producto nacional, de modo que obtiene un beneficio sustancial, que le incita a la «sustitución». [6] Y es la prohibición de esta «sustitución» lo que la API, asociación de importadores paralelos, ha impugnado ante el Juez nacional para que se declare que constituye una medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 30 del Tratado.

3 — Apartado 1.4, incisos ii) y iv).

4 — Declaración de 12 de julio de 1986, confirmada por carta denegatoria de 12 de agosto de 1986.

5 — Ya citada, nota 1, apartados 15, 20, 21 y 22.

6 — Debo precisar que utilizo este término en mis conclusiones por razones de comodidad. Está claro que la utilización de este término no supone por mi parte ninguna reserva en cuanto a la equivalencia entre el producto recetado y el producto dispensado en semejante caso.

10. Este es, bosquejado sistemáticamente, el fundamento del litigio que dio lugar a la cuestión prejudicial planteada a este Tribunal de Justicia.

11. El primer Juez del Reino Unido que examinó las medidas impugnadas apreció que no constituían normas contrarias al artículo 30. Corresponde ahora a este Tribunal de Justicia establecer los criterios que han de permitir a la Court of Appeal confirmar o invalidar dicha apreciación.

12. Al asistir al Tribunal de Justicia en este análisis, no voy a seguir estrictamente el orden de las cuestiones fijado por el Juez *a quo*. En efecto, creo necesario examinar, en primer lugar, si la declaración de la Pharmaceutical Society (ulteriormente confirmada) constituye, atendida la naturaleza de este organismo, una medida de las prohibidas por el artículo 30 del Tratado.

13. La Pharmaceutical Society fue creada mediante una Royal Charter de 1843. Lleva el registro en el que debe inscribirse todo farmacéutico para poder desempeñar sus actividades. Puede incoar procedimientos disciplinarios y éstos concluir en multas, suspensiones o incluso expulsiones del registro. Los recursos contra estas decisiones se interponen ante la High Court of Justice. El ejercicio de la profesión se basa en la observancia de las normas profesionales, especialmente un Code of Ethics, de las que la declaración que se discute constituye un buen ejemplo.

14. Creo que deben resaltarse tres características esenciales:

— el régimen de la profesión,

— la proclamación de normas de deontología,

— el ejercicio de facultades disciplinarias para garantizar la observancia de dichas normas.

La Pharmaceutical Society constituye, pues, un colegio profesional que tiene como misión realizar un *servicio público* ejercido en *interés general*. El caracter obligatorio de la inscripción en su registro y sus facultades disciplinarias son características de *prerrogativas que exceden los límites del Derecho común* y que, en efecto, se distinguen radicalmente de las atribuciones de las entidades privadas ordinarias.

15. Para excluir cualquier duda, recordaré que este Tribunal de Justicia ha considerado que el comportamiento de una colectividad local[7] (dotada de personalidad jurídica independiente de la del Estado con arreglo al Derecho interno) e incluso la actividad de una entidad de Derecho privado sostenida por el Estado le son imputables a este último a los efectos del artículo 30.[8] Por consiguiente, la naturaleza jurídica de la Pharmaceutical Society no bastará para no calificar sus actuaciones de «medidas públicas»[9] y, por tanto, para sustraerlas del ámbito de aplicación del artículo 30, cuando los efectos de aquéllas sobre el comercio intracomunitario incurran en la prohibición de dicho texto.

16. Una vez resuelta esta dificultad, plantearé el examen de las disposiciones de que se trata en relación con la prohibición de las medidas de efecto equivalente. Se reprocha que la norma que prohíbe la sustitución excluye del mercado productos importados que, en cuanto a efectos terapéuticos, son

7 — Sentencia de 22 de septiembre de 1988, Comisión/Irlanda, 45/87, Rec. 1988, p. 4929.

8 — Sentencia de 24 de noviembre de 1982, Comisión/Irlanda, 249/81, Rec. 1982, p. 4005.

9 — Sentencia de 1 de octubre de 1987, Vlaamse Reisbureaus, 311/85, Rec. 1987, p. 3801.

idénticos o equivalentes a los productos nacionales fabricados por la misma sociedad o el mismo grupo de sociedades o bajo licencia y que no difieren de los productos nacionales sino por su nombre comercial.

17. Hago notar en primer lugar que, si no existiesen tales normas, las compras de productos PL (PI) por los farmacéuticos probablemente aumentarían, como lo prueba la situación anterior a 1986. ¿Será preciso por ello, basándose en el tenor de la sentencia Dassonville,[10] llegar automáticamente a la conclusión de que deben considerarse contrarias al artículo 30 las medidas que se discuten? Un examen más profundo de la situación me lleva decididamente a descartar esa tesis. Para ello, voy a examinar en primer lugar las sentencias del Tribunal de Justicia que me parecen más interesantes para el caso.

18. En la sentencia Blesgen,[11] este Tribunal de Justicia declaró que la prohibición de vender licores de más de 22° en los establecimientos de bebidas no era incompatible con el artículo 30, afirmando que semejante medida, *aplicable indistintamente* a los productos nacionales y a los productos importados, *no guardaba relación alguna con las importaciones*, y que, *por esta razón*, no obstaculizaba el comercio entre los Estados miembros. Más recientemente, la sentencia Duphar[12] declaró que tampoco constituía una medida de efecto equivalente prohibir, por razones de equilibrio del presupuesto de la Seguridad Social, el reembolso de determinados medicamentos, *en un sistema nacional en el que la mayor parte de los medicamentos consumidos son de importación*. El Tribunal de Justicia declaró que la referida medida

«no se puede considerar que constituya *por sí misma* una restricción a la libertad de importación que garantiza el artículo 30 del Tratado»[13] *(traducción provisional)*,

siempre que la lista de que se trata se haya elaborado de modo no discriminatorio para los productos importados.

19. Lo diré enseguida: a la vista de esta jurisprudencia, no creo que las medidas impugnadas en el caso de autos deban considerarse constitutivas de obstáculos para los intercambios.

20. La High Court of Justice estimó que se trataba en ese caso de disposiciones que reflejaban «el régimen ordinario del comercio». Las demandantes en el litigio principal y la Comisión rechazan dicha afirmación, y sostienen que la norma según la cual debe entregarse lo que se pide es ajena al presente contexto. Y alegan que, en efecto, el mercado de los medicamentos es muy especial y que los médicos no son agentes económicos independientes, al regirse por el Derecho público y no estar sujetos a imperativos comerciales.

21. Me parece que esta argumentación no contradice en modo alguno la idea según la cual debe dispensarse lo que haya recetado el médico.

22. En primer lugar, no me parece difícil demostrar que, en una operación comercial ordinaria, el principio *pacta sunt servanda* no puede calificarse de medida de efecto equivalente. Un ejemplo muy sencillo permite ilustrar este punto. En dos Estados miem-

10 — Sentencia de 11 de julio de 1974, 8/74, Rec. 1974, p. 837.

11 — Sentencia de 31 de marzo de 1982, 175/81, Rec. 1982, p. 1211, especialmente apartado 9.

12 — Sentencia de 7 de febrero de 1984, 238/82, Rec. 1984, p. 525.

13 — Apartado 20, la cursiva es mía.

bros del sur de Europa se vende en cada uno una marca distinta de vehículos cuya gama, hasta una fecha muy reciente, era idéntica. Imaginemos que los vendedores de automóviles de uno de dichos Estados, para atender los pedidos relativos a automóviles de la marca nacional, entreguen vehículos automóviles idénticos pero de la marca del otro Estado. Lo anterior se traduciría evidentemente en un incremento de las importaciones. Pero si contra dichas prácticas se acudiese a los tribunales, sin ninguna duda resultarían condenadas en virtud de la aplicación del Derecho de obligaciones. Y nadie imaginaría que el principio *pacta sunt servanda* pudiese ser declarado contrario al artículo 30. Se trataría sencillamente de sacar las consecuencias de la elección de los clientes. Y, sin embargo, el volumen de las importaciones variaría en función de si se respetaban o no los principios contractuales. Pero es evidente que estos principios no guardan, por sí mismos, relación alguna con las importaciones.

23. Ciertamente que los médicos no son, en cuanto tales, ni agentes económicos ni consumidores. Sin embargo, su prescripción, a diferencia de las elecciones individuales de consumo, compromete una responsabilidad personal, deontológica, sancionada en casos por los tribunales de justicia. Este hecho no sólo no debilita la comparación con el consumidor privado, sino que la refuerza. Lo que aquí está en juego son las normas que garantizan la observancia de la decisión médica.

24. En efecto, en diez de los doce Estados miembros, incumbe exclusivamente a los médicos prescribir determinado producto farmacéutico y su elección debe respetarse rigurosamente. Obsérvese que, en mi opinión, las diferentes normas vigentes en el Reino Unido que han sido evocadas a lo largo del procedimiento —«lista negra», obligación de recetar en ciertos casos una denominación genérica— no afectan al carácter soberano de esta decisión en mayor medida que la independencia del Juez pueda estarlo por las normas jurídicas que delimitan el campo de su función. Esta prerrogativa de los médicos debe ponerse en relación con la única facultad que el paciente puede ejercer: pedir que se le despachen o no los productos que prescribe la receta. El Tratado no va contra las concepciones, inspiradoras de estas reglas, que los Estados miembros han consagrado al adoptar tales normas. A este respecto, debemos rechazar la tesis de la Comisión según la cual el régimen ordinario del comercio implica que el paciente pueda aceptar un producto distinto del recetado. Eso supone pasar por alto que, con arreglo a los sistemas nacionales, obtener un medicamento depende exclusivamente de la decisión del médico. El paciente puede, desde luego, comunicarle sus preferencias o sus aprensiones, pero, en definitiva, es únicamente al médico a quien corresponde decidir, bajo su exclusiva responsabilidad. A este respecto, me extraña que se hayan evocado en los debates distinciones basadas en que el medicamento se dispense en el marco del NHS o en el de la medicina privada. Las diversas modalidades de financiación no pueden poner en entredicho la unicidad de los principios deontológicos. ¿Sería concebible que el respeto del secreto profesional de los abogados variase en función de que sus honorarios fuesen o no cubiertos por el beneficio de justicia gratuita?

25. Más en general, creo que el debate relativo al estatuto de Derecho público de los médicos que desempeñan sus actividades en el marco del NHS es ajeno al problema planteado. El Juez *a quo* no interroga a este Tribunal de Justicia sobre si el comportamiento de los médicos británicos debe enjuiciarse como un conjunto de «medidas públicas» contrarias al artículo 30. La cuestión que plantea no es la de si se prescinde de las exigencias del Derecho comunitario en el momento en que decide el médico, sino si la

propia observancia de dicha decisión es contraria al Tratado.

26. En su actual estado, el Derecho comunitario no puede privar a los Estados miembros de su competencia para determinar las funciones de las profesiones sanitarias. Las normas nacionales recordadas más arriba tienen por efecto que el consumo de medicamentos dispensados bajo receta, y por ende la demanda de los farmacéuticos, venga determinado por las decisiones de los médicos. Ésta es la razón por la que los importantes esfuerzos de información realizados por las empresas farmacéuticas y las campañas de sensibilización que llevan a cabo los organismos de la Seguridad Social con la intención de racionalizar los gastos de enfermedad vayan dirigidos hacia la profesión médica. Es entonces cuando se muestra el carácter peculiar de la postura de la API: puesto que la prescripción de productos PL (PI) por los médicos se revela insuficiente, lo que hay que modificar son las reglas del juego, atribuyendo a los farmacéuticos la posibilidad de «interpretar» las recetas. Ahora bien, aunque en el territorio británico la referida posibilidad pueda dar lugar a un incremento de las importaciones, considero equivocado que de ello se deduzca *a contrario* que el respeto de la prescripción médica cree por sí mismo una restricción incompatible con el artículo 30. Sin embargo, la API sugiere al Tribunal de Justicia que llegue a semejante conclusión.

27. En sus observaciones, la API sostiene que los productos PL (PI) deben competir *(to compete)* con las marcas nacionales. No se puede expresar de mejor modo lo que acabo de afirmar: competir con las marcas nacionales supone que haya competencia donde tenga que haberla. Seré más explícito. Si la API considera que la equivalencia de los productos importados con las marcas nacionales impone exigencias distintas de la igualdad formal de acceso al mercado, consagrada por el sistema PL (PI), le corresponde, en su caso, hacerlas respetar tanto en lo relativo a los productos —sanción de eventuales abusos del Derecho de marcas— como en lo relativo al contenido de las recetas: por ejemplo, acción contra los posibles obstáculos a la publicidad. Pero como el concepto de medida de efecto equivalente supone que ésta restringe por sí misma las importaciones, no se puede ciertamente forzar el artículo 30 para conseguir la modificación de las normas aplicables al cumplimiento de las recetas. Se dice que el cartero no tiene la culpa de las malas noticias. Por consiguiente, creo que las medidas impugnadas constituyen, por recoger una expresión empleada en la vista, «*the ancillary links in the chain*», los eslabones secundarios de la cadena.

28. Por lo que se refiere a las normas discutidas, mantengo con firmeza que la única exigencia que el Derecho comunitario debe imponer aquí es la de una neutralidad absoluta de las normas aplicables a la ejecución de las recetas médicas, sea cual sea el medicamento recetado. Puesto que así sucede en el caso de autos, la prohibición de «sustitución»

«no se puede considerar *en sí misma* una restricción a la libertad de importación que garantiza el artículo 30 del Tratado»[14] *(traducción provisional).*

29. Para evitar toda ambigüedad, debo precisar que mi razonamiento no se basa en modo alguno en el concepto de «exigencias imperativas» tal como lo precisa la sentencia «cassis de Dijon» y la posterior jurisprudencia de este Tribunal de Justicia. Dichas «exigencias imperativas» se aplican, en efecto, a las medidas que constituyen obstá-

14 — Duphar, 238/82, citada, apartado 20, la cursiva es mía.

culos para los intercambios. Espero haber demostrado que ése no es el caso de las medidas impugnadas en el presente asunto.

30. Si el Tribunal de Justicia acepta el criterio que sugiero, no tendrá que examinar la posible justificación de las medidas de que se trata en virtud del artículo 36.

31. Por mi parte, seré breve al respecto, habida cuenta de los argumentos muy precisos que me parecen excluir que se consideren las medidas impugnadas contrarias al artículo 30. No obstante, si el Tribunal de Justicia entiende lo contrario, ¿podría considerar que dichas medidas están justificadas por razones de protección de la salud pública o de la propiedad industrial y comercial?

32. No me cabe ninguna duda de que la definición precisa de las funciones del médico y del farmacéutico constituye una garantía para el paciente. La exactitud de la receta es una consecuencia de la responsabilidad del médico y sin duda, en una amplia medida, condición de la confianza del enfermo en el tratamiento prescrito. Más concretamente, no se puede excluir que la pérdida del «efecto placebo» o el «factor de angustia» generan riesgos que la prohibición de «sustitución» pretende conjurar.

33. Pero la Comisión sostiene que los objetivos en cuestión podrían salvaguardarse con otros medios menos restrictivos. Por una parte, sugiere la posibilidad de contar con el consentimiento del paciente o de informarle y, por otra parte, el establecimiento de un sistema en el que las recetas médicas contuviesen sistemáticamente la mención PL (PI), que el médico podría tachar a voluntad.

34. En lo relativo a que el paciente dé su consentimiento a la «sustitución», creo que semejante modalidad resultaría demasiado formalista y haría caso omiso de la concreta posición del enfermo que, en la mayoría de los casos, no está en condiciones de apreciar el alcance de semejante aceptación ante un profesional como es el farmacéutico, que le incita a aceptar una marca distinta de la recetada por el médico. Pero además, y sobre todo, me parece peligroso abrir implícitamente la puerta a una situación en la que los importantes beneficios derivados de la mera «sustitución» constituirían el motor que impulsaría a los farmacéuticos a provocarla.

35. La segunda posibilidad equivaldría a establecer una presunción de prescripción «alternativa» del producto PL (PI) que, sin embargo, el médico podría excluir tachando la mención imprimida que al efecto figurase en la receta. De este modo, se respetaría formalmente la responsabilidad formal del facultativo.

36. Debo plantear aquí dos interrogantes a este Tribunal de Justicia destinados a evitar los inconvenientes de semejante fórmula, a mi entender más sugestiva que convincente.

37. El primero me lo sugieren las observaciones del Reino Unido: el trato dado de este modo a los productos PL (PI), ¿no resultará discriminatorio en relación con el dado a otros productos —importados a veces directamente— que sean rigurosamente equivalentes?

38. El segundo es exclusivamente mío. ¿Puede considerarse indiferente el que la deontología médica acoja semejante «presunción»? En mi opinión, conviene evitar

que la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia establezca una jerarquía discutible de los valores en juego. El Tribunal de Justicia ha admitido que la protección del Derecho de marcas justifica que un mismo producto pueda ostentar dos marcas diferentes. Aquí radica el origen del litigio principal. ¿Sería comprensible que, con objeto de garantizar las exigencias de la libre circulación de las mercancías, frenada objetivamente por esta protección de la marca, este Tribunal de Justicia adoptase una solución que, implícita pero inevitablemente, conduciría a alterar las modalidades de prescripción médica?

39. Por último, queda por examinar si la prohibición de sustitución está justificada por la protección del Derecho de marcas en el supuesto —discutido en el caso de autos— de que fuese infringido según el Derecho nacional si se despachara un producto de una marca distinta de la recetada por el médico.

40. El Tribunal de Justicia considera que no resulta contrario al Derecho comunitario el ejercicio de las prerrogativas que la legislación nacional reconoce al titular de la marca para garantizar la defensa del «objeto específico de la misma». Conviene recordar al respecto que este Tribunal de Justicia declaró en la sentencia American Home Products [15] que:

«el objetivo específico del Derecho de marcas es principalmente garantizar a su titular el derecho a utilizar con carácter exclusivo la marca en la primera puesta en circulación de un producto y, de este modo, protegerle contra los competidores que pretendan hacer uso abusivo de la posición y reputación de la marca vendiendo productos *que lleven indebidamente la misma marca*» [16] *(traducción provisional).*

El Tribunal de Justicia precisó que

«la función esencial de la marca [consiste en] garantizar al consumidor o usuario final la identidad del origen del producto que lleva la marca» [17] *(traducción provisional)*

y

«que es inherente a dicha garantía de origen que *sólo el titular pueda identificar el producto mediante la colocación de la marca*» [18] *(traducción provisional).*

Y el Tribunal de Justicia añadió que

«el derecho reconocido al titular de la marca de oponerse a toda colocación no autorizada de la misma en su producto forma parte, pues, del objeto específico del derecho de marca» [19] *(traducción provisional).*

41. Si al despachar una receta que prescribe un producto A se dispensa un producto B, los intereses económicos del titular de la marca A resultarán ciertamente afectados. Pero cuando el producto B se dispensa bajo la marca B, sin que se le haya vuelto a etiquetar con la marca A, de ningún modo se infringe el derecho exclusivo a utilizar la segunda marca.

42. En otros términos, si la «sustitución» de productos no va acompañada de una opera-

15 — Ya citada, nota 1.

16 — Apartado 11, la cursiva es mía.
17 — Apartado 12.
18 — Apartado 13, la cursiva es mía.
19 — Apartado 17.

ción material mediante la que un tercero se arrogue

«la facultad de colocar una u otra marca en una parte cualquiera de la producción o de cambiar las marcas colocadas por el titular en diferentes partes de la producción», [20]

no se podrá invocar legítimamente el artículo 36 del Tratado para justificar la prohibición de la medida que se discute. En semejante supuesto, en efecto, la garantía de origen del producto no puede verse afectada, puesto que el medicamento se dispensará con la marca original que le haya puesto el titular del derecho.

43. Aunque creo que no debe insistirse más en este aspecto del asunto, precisaré simplemente que la tesis que se amparase en la protección de los derechos de marca para justificar la medida de que se trate, para el supuesto de que este Tribunal de Justicia la estimase contraria al artículo 30, daría a la marca «recetada» una ventaja competitiva exorbitante.

44. Antes dije cuál era el punto decisivo del problema planteado al Tribunal de Justicia. Soy también plenamente consciente de las incertidumbres que comporta la prescripción por los médicos de productos paralelos y, por lo tanto, su importación efectiva. Evidentemente, la dificultad es la siguiente: ¿exige el Derecho comunitario, en relación con productos como los que se benefician de una licencia PL (PI), otros requisitos además del de igualdad formal de acceso al mercado?

45. A este respecto, es preciso recordar lo que de toda evidencia constituye el origen de la acción ejercitada ante el Juez *a quo*: en primer lugar, la dificultad de los productos PL (PI) para implantarse en un mercado caracterizado por los hábitos de prescripción que tienen los facultativos nacionales. A este respecto, me parece discutible la afirmación de que es inoperante la publicidad dirigida hacia ellos. La falta de interés comercial de los médicos es la misma en relación con todos los medicamentos, sean o no medicamentos importados, pero no parece que por ello las empresas renuncien a promocionar sus productos. Es verdad que en los debates se ha alegado que según el Derecho interno es ilegal la publicidad de los productos PL (PI) efectuada por los importadores paralelos. En cualquier caso, la vía elegida por la API no nos ha dado ocasión de enjuiciar estas eventuales restricciones a la luz del Derecho comunitario.

46. Pero, lo repito, la verdadera dificultad reside en el Derecho de marcas. La Comisión —que consagra casi la mitad de sus observaciones a este extremo— indica al Tribunal de Justicia que los problemas del caso de autos estarían resueltos si los importadores paralelos tuviesen la posibilidad de volver a etiquetar. La Comisión, por otra parte, invita al Tribunal de Justicia a precisar la interpretación de la sentencia American Home Products sobre si el ejercicio del derecho de marca —y más concretamente el hecho de registrar dos marcas distintas para un mismo producto— resulta contrario al Derecho comunitario al dar lugar a la compartimentación de los mercados, o si es necesario que dicho efecto sea intencional, como parece indicar la referida sentencia.

47. Según los términos del presente asunto, este Tribunal de Justicia no debe evidente-

20 — Asunto 3/78, ya citada, apartado 15.

mente examinar dicha cuestión para confirmar o invalidar los términos de la citada sentencia. Obsérvese simplemente que la estrategia de la API no tiene por objeto cuestionar explícitamente dicha jurisprudencia sino intentar valerse de ella para demostrar el propósito de compartimentar los mercados. No voy a valorar, evidentemente, las posibilidades de éxito de las acciones que se ejerciten basándose en estos fundamentos.

48. En conclusión, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones de la Court of Appeal de la siguiente manera:

«La adopción de una norma de deontología cuyo incumplimiento pueda dar lugar a procedimientos disciplinarios, que emane de un organismo creado por los poderes públicos y que disponga de prerrogativas que exceden los límites del Derecho común, puede constituir una medida pública en el sentido del artículo 30 del Tratado.

»No es incompatible con el artículo 30 del Tratado una disposición nacional que obliga a los farmacéuticos en todo caso, para despachar una receta que designe un medicamento por su marca o su nombre registrado, a dispensar únicamente un producto que lleve la misma marca o nombre registrado, por más que dicha norma se oponga a que los farmacéuticos dispensen un producto de valor equivalente, autorizado por las autoridades nacionales con arreglo a las normas adoptadas de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 104/75 y fabricado por la misma sociedad o grupo de sociedades o por un licenciatario de dicha sociedad, pero que ostente una marca o nombre utilizados para dicho producto en un Estado miembro pero distintos de los que figuran en la receta.»