CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 1 de abril de 2008 [1]

Índice

I. Introducción ..... I - 7145

II. El marco normativo ..... I - 7146

A. El derecho comunitario ..... I - 7146

B. La normativa nacional ..... I - 7148

III. Los hechos de los litigios principales y las cuestiones prejudiciales ..... I - 7148

IV. El trámite ante el Tribunal de Justicia ..... I - 7151

V. Análisis de las cuestiones prejudiciales ..... I - 7152

A. Aspectos preliminares ..... I - 7152

1. Objeciones a la formulación de las preguntas ..... I - 7152

a) La posición de dominio ..... I - 7152

b) Satisfacción «íntegra» de los pedidos ..... I - 7153

2. Planteamiento ..... I - 7153

B. Abusos de posición dominante *per se* en el artículo 82 CE (primera cuestión prejudicial) ..... I - 7154

1. La negativa a proveer como acto abusivo ..... I - 7154

a) Jurisprudencia comunitaria ..... I - 7154

b) El elemento intencional como agravante ..... I - 7156

1 — Lengua original: español.

2. El reconocimiento de abusos *per se* en el marco del artículo 82 CE: un problema metodológico ..... I - 7158

a) Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ..... I - 7158

b) Inadecuación de los abusos *per se* al artículo 82 CE ..... I - 7159

i) Pautas de índole jurídica ..... I - 7159

ii) Pautas de tipo económico ..... I - 7161

3. Respuesta sugerida a la primera cuestión prejudicial ..... I - 7162

C. Elementos que justifican una conducta normalmente abusiva (segunda cuestión prejudicial) ..... I - 7162

1. Las condiciones de un mercado imperfecto ..... I - 7163

a) Características fundamentales del mercado ..... I - 7163

b) Examen de estas causas de justificación ..... I - 7164

i) La fijación de precios por los Estados miembros ..... I - 7165

ii) La obligación de abastecimiento ..... I - 7166

2. La defensa de los intereses comerciales legítimos ..... I - 7167

a) Examen jurisprudencial ..... I - 7167

b) Motivos alegados ..... I - 7168

3. El balance económico positivo ..... I - 7171

4. Solución sugerida para la segunda cuestión prejudicial ..... I - 7172

VI. Conclusión ..... I - 7173

I. Introducción

1. Llegan de nuevo al Tribunal de Justicia, como si de un boomerang se tratara, las cuestiones prejudiciales que inadmitió hace ya un par de años.[2] Un órgano jurisdiccional griego, el Trimeles Efeteio Athinon (tribunal de apelación de Atenas), busca respuesta

2 — Sentencia de 31 de mayo de 2005, Syfait y otros (C-53/03, Rec. p. I-4609).

a ciertas preguntas esenciales del derecho comunitario de la competencia, relacionadas con el abuso de posición dominante, prohibido por el artículo 82 CE, y con las importaciones paralelas de medicamentos desde la República Helénica hacia otros Estados miembros, donde el reembolso del precio abonado por los expedidos con receta médica es sensiblemente superior al de Grecia.

2. La causa del rechazo del reenvío prejudicial no obstó para que el abogado general designado en aquella ocasión preparara unas conclusiones, [3] a las que los litigantes en el proceso sustanciado ante el tribunal remitente aluden extensamente, hasta convertirlas casi en el centro del debate.

3. Esta tesitura me desazona, pues me siento como un Avellaneda escribiendo la segunda parte de una novela ajena, lo que podría valerme alguna reprimenda, como las que recibió el mentado autor, aunque la situación no es comparable: yo me veo compelido a redactar estas conclusiones y cumplo mis obligaciones profesionales de buena fe y sin un ápice del resentimiento que, según parece, inspiró el plagio de Avellaneda. [4]

II. El marco normativo

A. *El derecho comunitario*

4. El Tratado CE contiene dos preceptos relativos a la competencia, que son fundamentales para el funcionamiento del mercado común. Mientras el artículo 81 CE proscribe las prácticas colusorias entre compañías rivales, el primer párrafo del artículo 82 CE prohíbe la explotación abusiva por una o más empresas de una posición dominante en ese mercado o en una porción sustancial. En su párrafo segundo se enumera, sin carácter exhaustivo, una serie de ejemplos típicos de esa conducta arbitraria.

3 — Conclusiones del abogado general Jacobs en el asunto Syfait, citado, leídas el 28 de octubre de 2004, en las que propugna la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales.

4 — Bajo el pseudónimo de Alonso Fernández de Avellaneda, probablemente un clérigo desconocido llamado Alonso Fernández Zapata, publicó en 1614 el «Segundo tomo del ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha», provocando las comprensibles iras de Cervantes, quien, al escribir la auténtica continuación de su relato, insertó ataques a la burda imitación. La calidad literaria de la usurpación dista mucho de la que pretendía copiar, por lo que Fernando García Salinero, «Introducción crítica sobre la obra y su autor», en Alonso Fernández de Avellaneda, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha,* Ed. Castalia, Madrid, 2005, p. 24, lo calificó de «un libro de burlas sin las ingeniosidades de la picaresca, cuya gestación se deba quizá a motivos de rencor personal».

5. En el contexto fáctico del litigio principal adquieren relevancia también algunas normas de derecho derivado; así, la Directiva 89/105/CEE [5] contempla medidas tendentes a armonizar los métodos de determinación de los precios de los medicamentos. Su artículo 2, en los apartados 1 y 2, precisa:

«Se aplicarán las disposiciones siguientes cuando se permita la comercialización de un medicamento sólo una vez que las autoridades competentes del Estado miembro respectivo hayan aprobado el precio del producto:

1) Los Estados miembros velarán por la adopción de una decisión sobre el precio aplicable al medicamento en cuestión y por su comunicación al solicitante en el plazo de 90 días desde la recepción de la solicitud presentada por el titular de una autorización de comercialización, de conformidad con los requisitos fijados por el Estado miembro interesado. El solicitante deberá proporcionar a las autoridades competentes la información suficiente. […] Las autoridades competentes […] adoptarán su decisión final dentro de los noventa días […]. A falta de tal decisión dentro del plazo mencionado, el solicitante podrá comercializar el producto al precio propuesto.

2) Si las autoridades competentes decidieran no autorizar la comercialización del medicamento en cuestión al precio propuesto por el solicitante, la decisión deberá ser motivada, basándose en criterios objetivos y comprobables. […]»

6. Aunque no afectan *ratione temporis* a los hechos debatidos ante el órgano jurisdiccional remitente, conviene traer a colación, por las eventuales repercusiones *pro futuro* de la sentencia que dicte el Tribunal de Justicia, el párrafo segundo del artículo 81 de la Directiva 2001/83/CE, [6] que derogó la Directiva 92/25/CEE, [7] a cuyo tenor:

«El titular de una autorización de comercialización de un medicamento y los distribuidores de dicho medicamento realmente comercializado en un Estado miembro garantizarán, dentro de los límites de sus responsabilidades respectivas, un abastecimiento adecuado y continuado de ese medicamento a farmacias y a personas autorizadas para la distribución de medicamentos, de modo que estén cubiertas las necesidades de los pacientes de dicho Estado miembro.»

7. El párrafo tercero del mismo artículo 81 insiste en que las medidas que se acuerden

5 — Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1988, relativa a la transparencia de las medidas que regulan la fijación de precios de los medicamentos para uso humano y su inclusión en el ámbito de los sistemas nacionales del seguro de enfermedad (DO 1989, L 40, p. 8).

6 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (DO L 311, p. 67), en su versión modificada por la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (DO L 136, p. 34).

7 — Directiva del Consejo de 31 de marzo de 1992, relativa a la distribución al por mayor de los medicamentos para uso humano (DO L 113, p. 1).

para ejecutar este artículo han de justificarse por razones de protección de la salud pública y ajustarse al objetivo de esa protección, «en cumplimiento de las normas del Tratado y en particular de las relativas a la libre circulación de mercancías y a la competencia».

B. *La normativa nacional*

8. El artículo 2 de la Ley nº 703/1977, sobre el control de los monopolios y de los oligopolios, así como la protección de la libre competencia (en adelante, «Ley de defensa de la competencia griega»), corresponde, sustancialmente, al artículo 82 CE.

9. Según el artículo 29, párrafo segundo, de la Ley nº 1316/1983, que enmendó el artículo 8 del Decreto Legislativo 96/1973, los titulares de una autorización para poner en circulación fármacos deben proveer regularmente el mercado con el género que fabriquen o importen.

10. Por último, la legislación griega supedita la actividad de los mayoristas de estos productos a la obtención de un permiso y al compromiso de abastecer suficientemente una zona geográfica determinada.

III. Los hechos de los litigios principales y las cuestiones prejudiciales

11. La empresa de investigación y elaboración de medicinas GlaxoSmithKline plc, con sede en el Reino Unido, distribuye y mantiene las existencias en almacén de sus preparados en Grecia a través de su filial GSK AEVE (en lo sucesivo, ambas compañías juntas, «GSK»), que posee la autorización de la sociedad matriz para comercializarlas en el territorio helénico. Así, reparte las mercancías con las marcas Imigran, para la jaqueca, Lamictal, para la epilepsia, y Serevent, para el asma, todas de obligada prescripción facultativa y de cuyas patentes es titular GSK.

12. Las recurrentes en los litigios principales adquirían desde hacía varios años, como mayoristas intermediarios, los referidos específicos en sus diversos formatos, procediendo al subsiguiente aprovisionamiento tanto del mercado griego, como del de otros países, en especial de Alemania y del Reino Unido.

13. Alegando una penuria de los tres medicamentos mencionados, sobre la que declinó cualquier responsabilidad, GSK transformó su sistema de distribución en Grecia a finales de octubre del año 2000. Dejó de atender los pedidos de las recurrentes desde el 6 de noviembre de ese año, suministrándolos a los hospitales y a las farmacias por intermediación de la sociedad Farmacenter AE.

14. Cuando, en febrero de 2001, restableció el aprovisionamiento normal, GSK volvió a surtir a los mayoristas, aunque en cantidades limitadas, Imigran, Lamictal y Serevent, pero abandonó su cooperación con Farmacenter AE. Esta actuación de GSK suscitó las iras de las recurrentes, encauzadas en dos vías: una administrativa y otra civil.

15. GSK inició la vía administrativa, al solicitar del Epitropi Antagonismou (comisión de defensa de la competencia griega) una declaración negativa sobre las alteraciones de su política de distribución de medicamentos; a su vez, las recurrentes en los litigios principales, ciertas asociaciones helénicas de farmacéuticos y otros almacenistas al por mayor instaron la incoación de un expediente por los mismos hechos, para que se condenara a GSK por un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 2 de la Ley de defensa de la competencia griega y del artículo 82 CE.

16. En una resolución de medidas provisionales el Epitropi Antagonismou compelió a GSK a atender los encargos de los tres productos litigiosos hasta la adopción de una decisión definitiva. Sin embargo, por albergar dudas en cuanto a la interpretación del derecho nacional a la luz del comunitario, el ente regulador de la libre concurrencia en el mercado griego suspendió los procedimientos y sometió al Tribunal de Justicia unas cuestiones prejudiciales sobre la exégesis del artículo 82 CE, que se registraron en la Secretaría de este Tribunal de Justicia con el número C-53/03.

17. La sentencia del Tribunal de Justicia no entró en el fondo de la disputa, al declarase incompetente para responder a un órgano que carecía de carácter jurisdiccional con arreglo al artículo 234 CE, [8] pero el Epitropi Antagonismou se pronunció sobre las quejas de las recurrentes el 1 de septiembre de 2006, resolviendo: que GSK sólo ostentaba una posición dominante respecto del Lamictal, ya que los enfermos de epilepsia encontraban dificultades para adaptarse a otras medicinas semejantes; que el grupo de empresas de GSK únicamente había violado el artículo 2 de la Ley de defensa de la competencia griega durante el periodo comprendido entre noviembre de 2000 y febrero de 2001, pero no en la etapa posterior; y que no había conculcado el artículo 82 CE.

18. La validez del dictamen del Epitropi Antagonismou ha sido impugnada por las recurrentes ante el Dioikitiko Efeteio Athinon (tribunal de apelación contencioso-administrativo de Atenas), donde está pendiente de sentencia.

19. La vía civil comenzó con las demandas de las ahora recurrentes ante el Polymeles Protodikeio Athinon (tribunal de primera instancia de Atenas), deducidas los días 30 de

8 — Distanciándose así de la sentencia de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa y otros (C-110/98 a C-147/98, Rec. p. I-1577), que siempre he calificado de errónea, y acercándose más a la tesis que defiendo desde mis conclusiones en el asunto De Coster, que originó la sentencia de 29 de noviembre de 2001, De Coster (C-17/00, Rec. p. I-9445); sobre el estado de este debate, mis conclusiones de 22 de noviembre de 2007, en el asunto Ing. Aigner, Wasser-Wärmer-Umwelt (C-393/06, asunto pendiente ante el Tribunal de Justicia).

abril [9] y 30 de octubre de 2001, [10] así como 5 de marzo [11] y 11 de noviembre de 2002. [12]

20. Sostenían que la interrupción de los suministros por GSK y la comercialización mediante Farmacenter eran actos de competencia desleal y un abuso de la preponderancia de la empresa GSK en el mercado de los tres preparados aludidos. En sus pretensiones procesales, reclamaban la continuación del abastecimiento en función de las cantidades medias mensuales que les había proporcionado GSK entre el 1 de enero y el 31 de octubre del año 2000, incrementadas en un 20 %, así como el resarcimiento por los perjuicios irrogados y el lucro cesante.

21. A excepción de la petición del beneficio perdido, que no admitió a trámite, el tribunal de primera instancia de Atenas falló sobre dichas demandas entre enero y octubre de 2003, desestimándolas por infundadas, al encontrar justificada la negativa de aprovisionamiento, decayendo, pues, la acusación de explotación abusiva de la posición de dominio de GSK.

22. Las recurrentes en el procedimiento nacional han apelado estas decisiones judiciales ante el Trimeles Efeteio Athinon (tribunal de apelación tripartito de Atenas), que, tras haber esperado en vano la opinión del Tribunal de Justicia en cuanto a las preguntas que le había formulado el Epitropi Antagonismou en el asunto C-53/03, citado, ha optado por suspender la tramitación de la apelación y remitir al Tribunal de Justicia idénticas cuestiones prejudiciales, a saber: [13]

«1) Si una empresa que ocupa una posición dominante se niega a satisfacer íntegramente los pedidos efectuados por los mayoristas de productos farmacéuticos, ¿incurre en un comportamiento abusivo en sí mismo en el sentido del artículo 82 CE, cuando pretende restringir la actividad exportadora de los mayoristas y limitar el perjuicio ocasionado por el comercio paralelo? ¿Se ve afectada la respuesta a esta pregunta por el hecho de que las diferencias de precios que resultan, dentro de la Unión Europea, de la intervención del Estado o, en otras palabras, la aplicación al mercado de los fármacos de un régimen que no es de competencia estricta, pues presenta un nivel elevado de intervencionismo estatal, dan lugar a que el comercio paralelo sea especialmente lucrativo para los mayoristas? Por último, ¿es correcto que un órgano jurisdiccional nacional aplique las normas comunitarias sobre la competencia del mismo modo a los mercados que funcionan en régimen de competencia y a aquellos en los que se halla falseada por la intervención del Estado?

9 — Asuntos C-468/06, C-470/06, C-472/06, C-474/06, C-475/06, C-476/06 y C-478/06.

10 — Asunto C-473/06.

11 — Asunto C-477/06.

12 — Asuntos C-469/06 y C-471/06.

13 — Se transcriben las preguntas de los asuntos C-474/06 a C-478/06, ya que las de los anteriores (C-468/06 a C-473/06) mencionaban por error «una autoridad nacional de defensa de la competencia» en lugar de «un órgano jurisdiccional nacional», probablemente porque se copiaron literalmente las cuestiones enviadas al Tribunal de Justicia por el Epitroipi Antagonismou, como exponen las recurrentes en sus observaciones en los asuntos C-469/06 a C-476/06.

2) Si el Tribunal de Justicia entendiera que la restricción del comercio paralelo por los motivos indicados no siempre constituye una práctica abusiva, cuando la ejerce una empresa dominante, ¿cómo se aprecia el eventual carácter abusivo? En concreto:

2.1) ¿Serían criterios apropiados el porcentaje de la superación del consumo nacional normal y/o el perjuicio que la empresa en posición dominante ha sufrido con respecto a su volumen de negocios total y a su beneficio total? Si la respuesta fuera afirmativa, ¿cómo se determina el porcentaje de superación y el del perjuicio — considerado como un porcentaje del volumen de negocios y del total de los beneficios— por encima del cual la conducta sería abusiva?

2.2) ¿Debe realizarse una ponderación de intereses y de qué intereses se trataría? Más exactamente:

a) ¿Se vería afectada la respuesta por que el enfermo-consumidor final consiguiera con el comercio paralelo una ventaja económica limitada?

b) ¿Debería sopesarse el interés de los organismos de seguridad social en medicamentos menos caros y en qué medida?

2.3) ¿Qué otros criterios y qué otros planteamientos serían adecuados en este asunto?»

IV. El trámite ante el Tribunal de Justicia

23. Todos los autos de remisión de las cuestiones prejudiciales tuvieron entrada en la Secretaría de este Tribunal de Justicia el 21 de noviembre de 2006. Con arreglo al artículo 43 del Reglamento de Procedimiento de este Tribunal de Justicia, el presidente, en auto de 29 de enero de 2007, acumuló los asuntos en atención a su conexión objetiva.

24. Las empresas Sot. Lelos kai Sia EE (asunto C-468/06), Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton y otros (asuntos C-469/06 a C-476/06) y Kokkoris D. Tsanas K. EPE y otros (asuntos C-477/06 y C-478/06), recurrentes en los procesos principales, así como GSK, el Gobierno polaco y la Comisión de las Comunidades Europeas han depositado observaciones escritas en el plazo señalado por el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

25. En la vista, celebrada el 29 de enero de 2008, han comparecido, para exponer verbalmente sus alegaciones y para responder a las preguntas que les remitió el Tribunal de Justicia, los representantes de Farmakemporiki Anonymi Etaireia Emporios kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton y otros, de Kokkoris D. Tsanas K. EPE, de GSK, de la República Italiana, que no había presentado observaciones escritas, de la República de Polonia y de la Comisión de las Comunidades Europeas.

V. Análisis de las cuestiones prejudiciales

A. *Aspectos preliminares*

1. Objeciones a la formulación de las preguntas

a) La posición de dominio

26. He aludido previamente a la resolución de la Comisión griega de defensa de la competencia de 1 de septiembre de 2006, que declaró la fuerza exorbitante de GSK para el medicamento Lamictal, pero no para Imigran ni para Serevent. Sin embargo, GSK, en el punto 5 de sus observaciones escritas, niega esa coyuntura, basándose en dos argumentos principales: la imposibilidad de actuar al margen de los competidores y la idea de que el mercado relevante no es el terapéutico, sino el de todos los fármacos de prescripción obligada en Europa.

27. Hay una jurisprudencia reiterada sobre la neta separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia en los procedimientos del artículo 234 CE, de suerte que la apreciación de los hechos del asunto corresponde al juez nacional. [14]

28. Puesto que indagar la situación de una empresa en un mercado concreto, precisando el mercado relevante, es una tarea fáctica, sólo cabe dejarla en manos del autor del reenvío, descartando cualquier pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre ese extremo.

29. El Trimeles Efeteio Athinon ha de averiguar, pues, si se cumple el requisito *sine qua non* para la aplicación del artículo 82 CE y, de llegar a un resultado negativo, desestimar los recursos de apelación que se le han sometido.

14 — Sentencias de 15 de noviembre de 1979, Denkavit Futtermittel (36/79, Rec. p. 3439), apartado 12; de 5 de octubre de 1999, Lirussi y Bizzaro (C-175/98 y C-177/98, Rec. p.I-6881), apartado 37; de 22 de junio de 2000, Fornasar y otros (C-318/98; Rec. p. I-4785), apartado 31; y de 21 de junio de 2007, Omni Metal Service (C-259/05, Rec. p. I-4945), apartado, 17.

30. No obstante, la decisión del Epitropi Antagonismou se halla impugnada en vía contencioso-administrativa en Grecia, por lo que habría que partir de la hipótesis de que GSK ocupa una posición de dominio, para resolver las preocupaciones del órgano jurisdiccional remitente.

b) Satisfacción «íntegra» de los pedidos

31. En su escrito de observaciones la sociedad recurrente en el litigio principal Lelos kai Sia EE critica la redacción de la primera cuestión prejudicial, por el uso de la expresión «satisfacer íntegramente los pedidos», que induciría a error, al desplazar el debate desde el contexto en el que se originó hasta un plano más teórico, en el que habría de juzgarse el fundamento de cualquier encargo efectuado a GSK, por exorbitante y desmesurado que fuera.

32. Aunque con menos ahínco, las demás recurrentes también se refieren a la necesidad de reconducir la disputa a los términos en los que surgió, tal y como se ventila en los procesos griegos, puesto que GSK propende a polarizar al máximo las peticiones de los mayoristas helénicos y a estructurar su alegato como si se tratara de atender cualquier remesa con independencia de su carácter excesivo.

33. Coincido con las importadoras paralelas en la pertinencia de centrar la controversia en los presupuestos en los que se forjó, a saber, el abastecimiento a esas empresas por GSK de los medicamentos en liza en las cantidades mensuales medias del año 2000 con un incremento del 20 %, según se deduce del auto de reenvío, ya que: por un lado, en los procedimientos instados al amparo del artículo 234 CE el órgano jurisdiccional remitente proporciona el relato fáctico, en el que no debe inmiscuirse este Tribunal de Justicia; y, por otro lado, apartarse de ese marco circunstancial restaría utilidad a la respuesta.

2. Planteamiento

34. En aras de un mejor entendimiento de este poceso, parece oportuno acudir a la facultad reconocida en la jurisprudencia [15] de reformular las cuestiones del Trimeles Efeteio Athinon, ya que en la primera pretende averiguar si la falta de suministro de GSK, motivada por la idea de restringir el comercio paralelo, supone un abuso de posición dominante *per se,* al orientarse exclusivamente a la eliminación de sus competidores del mercado de la distribución al por mayor.

15 — Por ejemplo en las sentencias de 23 de noviembre de 1977, Enka (38/77, Rec. p. 2203); de 1 de abril de 1993, Hewlett-Packard-France (C-250/91, Rec. p. I-1819); y de 10 de mayo de 2001, Agorà y Excelsior (C-223/99 y C-260/99, Rec. p. I-3605).

35. Sin embargo, las preguntas que añade después abordan una serie de datos coyunturales pertenecientes a la esfera de la eventual justificación del abuso, por lo que sería más lógico trasladarlas a la segunda cuestión prejudicial, que inquiere acerca de los criterios correctos para evaluar la desmesura de la conducta de GSK. Además, las observaciones escritas depositadas en este proceso prejudicial se han inspirado en gran medida en las conclusiones del abogado general Jacobs en el asunto Syfait, que también abundan en las causas de exoneración del abuso.

36. Esta manera de enfocar las cuestiones permite también pronunciarse sobre un dilema doctrinal de cierta actualidad, la existencia de prácticas abusivas *per se,* y ahondar en la reflexión atinente a sus eventuales justificaciones.

B. *Abusos de posición dominante per se en el artículo 82 CE (primera cuestión prejudicial)*

37. En los litigios principales se recrimina a GSK haber suspendido la venta de Imigram, Lamictal y Serevent a los mayoristas, arguyendo una supuesta escasez; también se le reprocha continuar las remesas a esos competidores, pero adecuando su volumen a las necesidades del mercado griego, para evitar que se reexporten a otros países europeos, sobre todo a Alemania y al Reino Unido.

38. Antes de indagar si tal actuación merece el calificativo de abusiva «en sí misma» *(per se),* hay que estudiar brevemente el tratamiento de las negativas de suministro en la jurisprudencia comunitaria, así como la influencia de la manifiesta intención de bloquear el comercio paralelo como agravante en la valoración del comportamiento. Una vez despejada la incógnita de la presencia de un abuso, el análisis puede centrarse en su categorización *per se*.

1. La negativa a proveer como acto abusivo

a) Jurisprudencia comunitaria

39. Las escasas sentencias del Tribunal de Justicia en este contexto se han dictado en unas circunstancias fácticas que hacen dudar de su aplicabilidad a este litigio, en el que las empresas mayoristas de las tres medicinas citadas se enfrentan a la negativa de su único proveedor, la empresa titular de las patentes de fabricación y, desde siempre, su competidora en la comercialización de esos fármacos. Sin embargo, no está de más traer a colación, por su generalidad, algunos de los fallos más significativos relativos al artículo 82 CE.

40. En el asunto Commercial Solvents/Comisión,[16] la referida compañía interrumpió el abastecimiento de aminobutanol a la sociedad italiana Zoja, que fabricaba etambutol, un derivado de esa materia prima, estando ambas empresas en competencia en el mercado. La sentencia declaró contrario al artículo 82 CE el cese de las remesas, por entender que la posición de dominio de la que gozaba Commercial Solvents en la elaboración de esa sustancia, que la capacitaba para controlar el abastecimiento de los fabricantes de derivados, no la autorizaba a eliminar la competencia con sus anteriores clientes, por la mera coyuntura de haber empezado ella misma a sintetizar esos derivados.[17]

41. Hay paralelismos evidentes entre la sentencia Commercial Solvents y el caso de autos, pues, en un principio, GSK también interrumpió el avituallamiento a los mayoristas griegos de sus preparados, con la idea de ordenar de nuevo sus ventas de los tres medicamentos controvertidos a través de su propia distribuidora exclusiva en el país; después de unos tres meses, reanudó los envíos, pero limitando las cantidades a la demanda del mercado nacional de la República Helénica.

42. En el asunto United Brands/Comisión, relativo a las bananas «Chiquita»,[18] la sentencia estimó que United Brands, al cancelar las ventas de plátanos al madurador-distribuidor danés Olesen, por haber colaborado en una campaña publicitaria de la competidora Dole, había violado el derecho de la competencia.

43. En esta ocasión el Tribunal de Justicia entendió que una empresa en posición dominante para la distribución de un producto no puede dejar de abastecer a un antiguo cliente «que respeta los usos del comercio, cuando sus pedidos no tienen carácter anormal».[19]

44. Conviene recalcar las similitudes del asunto United Brands con el asunto de autos, en cuanto a la situación de dominio de la empresa, así como en cuanto al acatamiento de los usos mercantiles —o cumplimiento de los contratos- por los mayoristas competidores; en cambio, plantearía problemas diferentes en los litigios principales el nivel de aprovisionamiento deseado por las recurrentes ante el Trimeles Efeteio Athinon, en función de su calificación como habitual o exagerado. En la sentencia United Brands no se debatía este último extremo, por lo que el Tribunal de Justicia consideró que las peticiones de Olesen eran normales. No obstante, el escenario para enjuiciar ese carácter es el de las posibles justificaciones a la negativa a atender la integridad de los pedidos de las compañías dedicadas al comercio paralelo, por lo que no procede profundizar este aspecto.

16 — Sentencia de 6 de marzo de 1974 (6/73 y 7/73, Rec. p. 223).

17 — Sentencia Commercial Solvents, citada, apartados 25 y 26.

18 — Sentencia de 14 de febrero de 1978 (27/76, Rec. p. 207).

19 — Sentencia United Brands, referida, apartado, 182.

45. En otros asuntos el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre esa negativa, pero bien en un contexto fáctico demasiado apartado del caso de autos o bien dentro de un marco jurídico muy diverso. En la primera hipótesis merece la pena mencionar la sentencia CBEM, [20] que amplió al mercado de servicios la prohibición para las empresas en posición dominante de reservarse, para sí mismas o para otra compañía del grupo, el mercado de una actividad auxiliar prestada por una empresa tercera en un mercado afín, pero distinto; en la segunda hipótesis se encuadran aquellas en las que se discutía el acceso a una estructura esencial *(«essential facility»)*, como la sentencia Bronner, [21] o las relativas a la negativa a facilitar una licencia de derechos de propiedad intelectual o industrial, como las sentencias Magill [22] e IMS Health, [23] muy lejos todas de los presupuestos del presente reenvío.

46. En suma, de las sentencias Commercial Solvents y United Brands se desprende que la empresa dominante que elude el abastecimiento de mercancías, sobre todo cuando faltan otras mercancías alternativas, según sucede con el Lamictal, reteniendo para sí el mercado de exportación paralelo, incurre en una conducta abusiva del artículo 82 CE. Resta indagar si la voluntad de eliminar ese comercio paralelo permite calificar ese abuso de *per se,* en el sentido del derecho comunitario de la competencia.

20 — Sentencia de 3 de octubre de 1985 (311/84, Rec. p. 3261), conocida como sentencia «Telemarketing».

21 — Sentencia de 26 de noviembre de 1998 (C-7/97, Rec. p. I-7791).

22 — Sentencia de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comisión (C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. p. I-743); denominada sentencia «Magill».

23 — Sentencia de 29 de abril de 2004 (C-418/01, Rec., p. I-5039).

b) El elemento intencional como agravante

47. De entrada, la jurisprudencia comunitaria ha sentado la premisa de que el concepto de «abuso» en el artículo 82 CE es una noción objetiva, ligada a las actividades de las empresas en posición de dominio [24] y libre, pues, de la influencia de toda referencia a los designios que las movieron a actuar de ese modo. [25] Como condición de aplicación del artículo 82 CE, el abuso tampoco exige culpa. [26]

48. No obstante, han de tenerse en cuenta dos aspectos importantes que matizan las afirmaciones anteriores.

49. Por un lado, no cabe excluir por completo que los elementos subjetivos de la infracción sirvan con frecuencia como indicios de que se persigue una finalidad contraria a la competencia e, incluso, de que constituyan la trasgresión abusiva. [27]

24 — Sentencias de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p. 461), apartado 91; de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión (322/81, Rec. p. 3461), apartado 70; y de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión (C-62/86, Rec. p. I-3359), apartado 69.

25 — Idea prácticamente unánime en la doctrina; Schröter, H., «Artikel 82», en Schröter, H./Jacob, T./Mederer, W., *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht,* Ed. Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 905.

26 — Sentencia de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión (6/72, Rec. p. 215), apartados 25 a 27 (en lo sucesivo, «Continental Can»).

27 — Gleiss, A./Hirsch, M., *Kommentar zum EWG-Kartellrecht,* Ed. Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 3ª ed., Heidelberg, 1978, p. 347.

50. Por otro lado, el Tribunal de Justicia confirmó la tesis desarrollada por el Tribunal de Primera Instancia de que, dada la diferencia entre el artículo 81 CE, apartado 1, y el artículo 82 CE, ya que este último no contiene ninguna alusión al efecto contrario a la competencia de la práctica de que se trate, para poder demostrar la existencia de una infracción del artículo 82 CE basta con probar que el comportamiento abusivo de la empresa dominante pretende restringir la competencia o, en otros términos, que puede provocar tal efecto. [28]

51. Por lo tanto, cuanto más se acerque la empresa en posición de dominio a obstaculizar la libre concurrencia en el mercado, mayor valor adquiere la presunción de una actuación abusiva. En esta tesitura se dirime el actual pleito. Ni siquiera GSK ha desmentido su verdadero empeño de erradicar las exportaciones paralelas de las tres medicinas controvertidas desde Grecia hacia otros países comunitarios por las compañías mayoristas.

52. Como, además, esas cortapisas a los volúmenes de venta de las otras distribuidoras reduce el mercado de sus rivales, en el sentido del artículo 82 CE, párrafo segundo, letra b), se crea un presagio muy fuerte de que esa conducta, y por ende el propósito que la animó, infringe el párrafo primero del propio precepto. [29]

53. Es evidente que la intención de GSK conculca los fines del Tratado, pues afecta a la libertad de comercio entre los Estados miembros tan seriamente que puede malograr la consecución de un mercado único, tal y como lo entiende la jurisprudencia y el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), ya que indiscutiblemente aísla los mercados nacionales y altera la estructura de la competencia en el mercado común. [30]

54. En resumen, las reflexiones precedentes acreditan que GSK ha perpetrado una grave infracción al Tratado, que merecería la categoría de abuso *per se,* pues no se atisba más fundamento económico que la eliminación del comercio paralelo de sus competidoras, las mayoristas griegas. [31] Sin embargo, albergo dudas metodológicas sobre la graduación de los comportamientos de las empresas dominantes, por lo que vale la pena profundizar en su análisis.

28 — Sentencia de 15 de marzo de 2007, British Airways/Comisión (C-95/04 P, Rec. p. I-2331), apartado 30, en relación con las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión (T-203/01, Rec. p. II-4071), apartado 239, y de 17 de diciembre de 2003, British Airways/Comisión (T-219/99, Rec. p. II-5917), apartado 293.

29 — Schröter, H., *op. cit.,* p. 959.

30 — Sentencias de 31 de mayo de 1979, Hugin/Comisión (22/78, Rec. p. 1869), apartado 17, y de 11 de diciembre de 1980, L'Oréal (31/80, Rec. p. 3775), apartado 27.

31 — Esta tesis encuentra cierto eco en la doctrina; Koenig, Ch./Engelmann, Ch., «Parallel Trade Restrictions in the Pharmaceuticals Sector on the test Stand of Article 82 EC — Commentary on the Opinión of Advocate General Jacobs in the Case *Syfait/GlaxoSmithKline*», *E.C.L.R.,* nº 6/2005, p. 341.

2. El reconocimiento de abusos *per se* en el marco del artículo 82 CE: un problema metodológico

55. Antes de enumerar los argumentos opuestos a la aceptación de abusos *per se*, conviene abordar la evolución de la noción en la jurisprudencia comunitaria.

a) Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

56. Hasta ahora, el Tribunal de Justicia había identificado tres prácticas que, ejecutadas por empresas en posición de dominio, abocaban irremediablemente al abuso de su poder de mercado sin admitir aparentemente prueba en contrario para justificarlas.

57. Así se había juzgado respecto de las obligaciones de abastecimiento exclusivo impuestas a los compradores por la compañía dominante, tanto si se habían estipulado sin más o como contrapartida por la concesión de descuentos. [32]

58. Los descuentos por fidelidad representan la segunda de esas prácticas presumiblemente siempre abusivas, ya que, a diferencia de los descuentos por volumen, relacionados únicamente con la cantidad de las compras realizadas al productor interesado, tienden a impedir, mediante la obtención de ventajas financieras, el abastecimiento de los clientes por los demás productores competidores. [33]

59. La tercera práctica considerada abusiva *per se* alude a los precios predatorios. Para el Tribunal de Justicia, los precios inferiores a la media de los costes variables (los que oscilan en función de las cantidades fabricadas), al no tener ningún fundamento económico, demuestran la mera intención de eliminar a un competidor, por lo que se estimaban abusivos. [34] En cambio, los inferiores a la media de los costes totales (los que comprenden los fijos y los variables), pero superiores a la media de los costes variables se entienden abusivos cuando obedecen a un plan para eliminar a una empresa rival. [35]

60. El razonamiento de esas sentencias excluía toda exculpación de la empresa

32 — Sentencia Hoffmann-La Roche, citada, apartado 89.

33 — Sentencias de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otras (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663), y de 9 de noviembre de 1983, Michelin, ya referida, apartado 71.

34 — Sentencia AKZO, anteriormente mencionada, apartado 71, y sentencia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión (C-333/94 P, Rec. p. I-5951), apartado 41.

35 — Sentencia AKZO, citada, apartado 72.

dominante. [36] No obstante, la jurisprudencia más reciente, también en el ámbito de los descuentos por fidelidad, no consagra la idea de reputarlos necesariamente abusivos. Así, en relación con unos descuentos vinculados a la consecución de objetivos de ventas individuales en la aviación comercial de pasajeros, concedidos a las agencias de viajes por una empresa en posición de dominio en el mercado aéreo anglosajón, el Tribunal de Justicia permitió a la empresa justificar económicamente su sistema de incentivos, que acarreaba la supresión de la competencia. [37]

61. Por tanto, el Tribunal de Justicia tolera descargos de las empresas dominantes, incluso en áreas en las que parecía aceptar eventuales abusos *per se,* siguiendo, en realidad, su jurisprudencia clásica, consolidada al margen de esos fallos que consagraban la referida categoría de comportamientos automáticamente abusivos. [38] Pero, aparte de las indicaciones concretas ceñidas a las circunstancias de cada caso concreto, no ha proporcionado pautas de carácter general para negar la subsunción de los eventuales abusos *per se* en el artículo del Tratado concerniente al abuso de posición dominante. Habría que avanzar, pues, algunas de esas pautas.

36 — Loewenthal, P.-J., «The Defence of "Objective Justification" in the Application of Article 82 EC», *World Competition,* nº 28(4), 2005, p. 470.

37 — Sentencia de 15 de marzo de 2007, British Airways/ Commission, antes citada, apartado 69.

38 — Sentencia Tetra Pak, ya aludida, apartado 37; las sentencias de 15 de diciembre de 1994, DLG (C-250/92, Rec. p. I-5641), apartado 52; y de 13 de noviembre de 1975, General Motors/ Comisión (26/75, Rec. p. 1367), apartados 20 y 22.

b) Inadecuación de los abusos *per se* al artículo 82 CE

62. El artículo 82 CE no se adapta a las exigencias normativas de las conductas tachadas de abusivas en sí mismas, por causas tanto jurídicas como económicas.

i) Pautas de índole jurídica

63. Aquí figura la estructura del artículo 82 CE, especialmente en comparación con la del artículo que le precede en el Tratado.

64. El artículo 81 CE se compone de tres apartados que regulan, respectivamente, el principio de prohibición de las prácticas colusorias, la nulidad como corolario principal de no haber respetado la prohibición del apartado 1 y la posibilidad de lograr una exención, suponiendo que no se haya obtenido por mediación de algún reglamento de exención por categorías adoptado de conformidad con el artículo 83 CE, apartado 2, letra b), en relación con su apartado 1.

65. Los ejemplos de *ententes* anticompetitivas enumeradas en las letras a) a e) del

artículo 81 CE, apartado 1, se equiparan tradicionalmente a las infracciones *per se* de dicha disposición, por lo que no se encuadran entre las exenciones por categorías del apartado 3. [39] Aunque con muchas dificultades, no se desahucian por completo, pues mantienen su vigencia gracias a la exención singular, si los interesados acreditan que sus acuerdos cumplen los requisitos del apartado 3 del artículo 81 CE. En este contexto, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha alineado recientemente su doctrina sobre la imposición de precios mínimos de reventa *(«Resale price maintenance»)* en los acuerdos verticales con el postulado de someterla a la *«rule of reason»,* [40] alejándose así del rigor de su inveterada jurisprudencia que tachaba esa práctica de ilícita *per se,* al contravenir la sección 1 de la Sherman Act desde el precedente sentado en 1911. [41]

66. En suma, el propio precepto ofrece a las empresas diversas vías para impugnar cualquier estimación como infracción *per se* de las cláusulas que estipulen en sus convenios. No ocurre lo mismo con las compañías dominantes en el ámbito del correspondiente artículo del Tratado.

67. Tal y como está redactado el artículo 82 CE, sin un apartado que prevea la exención de algunos abusos, el análisis de los comportamientos exige un debate dialéctico de las entidades que ocupan una posición de dominio en un mercado preciso con las autoridades de competencia, estatales o comunitarias, y con los afectados.

68. Cada uno de esos participantes en la controversia retórica aporta las pruebas de sus alegaciones, de conformidad con el tradicional adagio latino *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*

69. En esta tesitura, si ciertas conductas engendraran siempre presunciones jurídicas de un abuso, se privaría a las empresas dominantes de su derecho de defensa, ya que, como he señalado, la estructura del artículo 82 CE no admite exención alguna; así pues, comprobado el abuso, hay que declarar la infracción, a menos que haya suficientes indicios de que no se ha cometido.

39 — Así, el artículo 4, dedicado a las cláusulas «negras», del Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a diversas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 336, p. 21).

40 — Sentencia de 28 de junio de 2007, Leegin Creative Leather Products, Inc./Psks, Inc (nº 06-480); Llorente, C. La decisión del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso Leegin», en *Gertrude Ryan Law Observatory, Suplemento número 2 de Actualidad Jurídica Aranzadi nº 736,* pp. 2 y ss.

41 — Sentencia de 3 de abril de 1911, Dr. Miles Medical Co./John D. Park & Sons Co., (220 U.S. 373).

70. Además, los ejemplos listados en las letras a) a d) del artículo 82 CE, apartado 2, no actúan como presunciones legales, a diferencia de los del artículo 81 CE, apartado 1, letras a) a e). Todo lo más, cabría entenderlos como presunciones *iuris tantum* que relajan la carga de la prueba para quienes las invocan por la lógica económica que las sustenta, [42] mas nunca como sustitutivas del debate dialéctico al que me he referido en los puntos precedentes. Así como las prácticas colusorias *per se* del artículo 81 CE encontraban su salvación en el apartado 3 de ese precepto, también ha de permanecer abierta la opción de la reconciliación de determinadas prácticas abusivas en el marco del artículo 82 CE, a través de su justificación objetiva.

ii) Pautas de tipo económico

71. En primer lugar, la aceptación de abusos de posición de dominio *per se* conculcaría el postulado de la necesidad de examinar cada caso según los parámetros del contexto económico y jurídico en el que ha surgido.

72. En segundo lugar, el enfoque *per se* pecaría, desde un ángulo puramente económico, de un formalismo excesivo, contra el que se han alzado voces muy cualificadas en pro de otro enfoque del artículo 82 CE, orientado hacia las repercusiones de cada abuso, ponderando las circunstancias específicas por medio de un análisis de méritos [43] *(«rule of reason»).* [44]

73. Dar prioridad a las ideas preconcebidas y formalistas en materia de abuso de posición dominante ocultaría la realidad de que, en ocasiones, pueden redundar también en beneficio del consumidor. [45] Así sucede cuando la fuerza de uno de los operadores reduce la competencia en el mercado de referencia, toda vez que, como se ha criticado con acierto, el artículo 82 CE no incorpora ninguna cláusula para que tales operadores se defiendan con éxito del reproche del abuso, demostrando la eficiencia en términos económicos de su comportamiento. [46]

74. En tercer y último lugar, si, como se ha dicho, es común dividir los supuestos de aplicación del artículo 82 CE en dos categorías, los que perjudican a los consumidores

42 — Sobre el uso de esas presunciones fácticas, Paulis, E., «The burden of proof in Article 82 cases», en Hawk, B.E., *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute,* Ed. Juris Publishing, Inc., Nueva York, 2007, p. 470.

43 — Tomo prestada la traducción al español de la expresión anglosajona «rule of reason» de Arruñada, B., «Economía y Derecho en la nueva política comunitaria de competencia», en Beneyto Pérez, J.M. (director) y Maillo González-Orús, J. (coordinador), *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia,* Ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 53.

44 — Report by the EAGCP «An Economic Approach to Article 82», de julio de 2005, disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies /eagcp_july_21_05.pdf, pp. 5 y 6.

45 — Jacquemin, A.P., «The criterion of economic performance in the anti-trust policies of the United States and the European Economic Community», en Greaves, R. (coordinadora), *Competition Law,* Ed. Ashgate/Dartmouth, Aldershot (Reino Unido), 2003, p. 214, señala el riesgo que entraña la regla de los abusos *per se,* también al margen de la posición dominante.

46 — Pelkmans, J., *European Integration — Methods an Economic Analysis,* Ed. Longman, Londres, 1997, p. 194.

(abusos de explotación) y los que dañan a los competidores actuales o potenciales (abusos de exclusión),[47] de manera que cualquier acto anticompetitivo de una empresa dominante puede constituir un abuso,[48] a falta de una jerarquización de esos dos aspectos del artículo 82 CE,[49] cabría propugnar la defensa de la compañía dominante basándose en los resultados económicos obtenidos.

75. Sólo cotejando las secuelas positivas y negativas para el usuario y para los demás operadores del mismo mercado se extraen los datos pertinentes para derivar las deducciones oportunas.

47 — El documento de reflexión de la Comisión Europea titulado «DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses» solamente se ocupa de los abusos de exclusión; puede consultarse en http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf. Este proceder no ha quedado exento de crítica: Díez Estella, F., «El *Discussion Paper* de la Comisión Europea: ¿reformas en la regulación del artículo 82 del Tratado CE?», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 242, mayo 2006, p. 24.

48 — Hildebrand, D., *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Ed. Kluwer, La Haya, 1998, p. 62.

49 — La falta de un objetivo cuya protección se persiga expresamente mediante el artículo 82 CE ha sido criticada por Whish, R., «Rethinking Article 82 CE», en *Concurences: revue des droits de la concurrence*, nº 4/2005, p. 18, que ha asimilado esa ausencia de guía a dejar el artículo 82 CE «como una barca sin remos». En cambio, Schröter, H., *op. cit*, p. 813, deduce de las sentencias Hoffmann-La Roche, Michelin y L'Oréal, ya citadas, que el precepto tiende a amparar ante todo a la competencia como institución, salvaguardia que, de forma mediata, redundaría en beneficio de los competidores, de los socios comerciales de la empresa dominante y de los consumidores.

3. Respuesta sugerida a la primera cuestión prejudicial

76. De conformidad con lo expuesto, los comportamientos abusivos *per se* no se avienen con el artículo 82 CE, por lo que la primera pregunta del Trimeles Efeteio Athinon no merecería una respuesta afirmativa. Recomiendo, por tanto, al Tribunal de Justicia declarar, sin ambages, que el artículo 82 CE no autoriza a imputar a las empresas en posición de dominio acciones en sí mismas abusivas, incluso cuando las circunstancias del caso no dejen lugar a dudas sobre su intención ni sobre su efecto anticompetitivo.

77. A tenor de la solución a la primera cuestión, hay que examinar la segunda, que versa sobre la eventual justificación objetiva de tales acciones.

C. Elementos que justifican una conducta normalmente abusiva (segunda cuestión prejudicial)

78. Ante todo, quiero recordar que, como ya indiqué, una parte de la primera cuestión perjudicial encuentra acogida en la

respuesta a la segunda, por su vinculación con las causas de exoneración de las prácticas tipificadas en el artículo 82 CE. A mi entender, el órgano jurisdiccional remitente inquiere precisamente sobre los criterios para contrarrestar el juicio negativo recaído, en principio, sobre el empresario en posición dominante.

79. Hay tres excusas que las empresas dominantes están en condiciones de invocar cuando se les reprocha un abuso: las relativas al mercado en el que operan,[50] la defensa legítima de sus intereses comerciales y la prueba del balance económico positivo. A continuación las abordo por separado, siempre mirando a los hechos alegados ante el órgano jurisdiccional remitente.

1. Las condiciones de un mercado imperfecto

80. La empresa GSK ha insistido en que la regulación estatal le impide desarrollar sus negocios en circunstancias normales de competencia. Aduce dos aspectos que explican las limitaciones a las exportaciones paralelas de los mayoristas griegos: la fijación de los precios máximos de venta de los medicamentos, práctica habitual en todos los Estados miembros, y la obligación de almacenar mercancías suficientes para satisfacer en todo momento la demanda nacional.

81. Las recurrentes en el litigio principal, el Gobierno polaco y la Comisión rechazan tal análisis, aunque con ciertos matices. Antes de iniciar el estudio de los motivos de justificación, procede esbozar los contornos particulares del mercado de referencia.

a) Características fundamentales del mercado

82. Se ha señalado, con razón, que el mercado farmacéutico europeo, entendido como el comercio y la distribución de productos con o sin la protección de una patente, se distingue por un grado de armonización reducido a resultas de la intervención estatal en materia de precios y de los sistemas públicos de reembolso de los gastos en medicamentos del paciente, lo que

50 — En su Documento de reflexión, citado, la Comisión (párrafo 80) exige que la actuación de la empresa sea necesaria por motivos de seguridad o de salud pública; esta vía de escape para las empresas dominantes se me antoja excesivamente exigua y propongo, pues, una más amplia, pero vinculada al mercado.

resta relevancia al importe abonado para el consumidor final. [51]

83. Los que han formulado observaciones en este incidente prejudicial coinciden en que todos los Estados miembros ordenan las cuantías que las empresas productoras del sector exigen a los enfermos, acotando las cantidades devueltas por los diferentes organismos de seguridad social y conteniendo así el gasto público en sanidad. También coinciden en que los precios de venta acusan unas disparidades enormes entre los Estados miembros. Junto a este régimen de financiación estatal coexiste otro completamente privado, en el que las compañías farmacéuticas cobran los medicamentos libremente; sin embargo, percibo cierto consenso en que este último modelo representa un porcentaje muy reducido, aunque varía según los países.

84. Para terminar, hay que resaltar otro rasgo distintivo de este mercado, las numerosas patentes industriales de los fármacos. Aunque este extremo no refleja su fiscalización por las autoridades públicas, tiene importancia, porque los titulares de esos derechos de propiedad industrial se colocan con mayor facilidad en posiciones de dominio, ya que esos monopolios suelen erigirse en barreras de entrada legales y temporales. [52]

85. En esta coyuntura, GSK alega que las imposiciones de los Estados miembros sobre los precios, así como la obligación de gestión de los stocks adecuada a la demanda nacional, la constriñen de tal manera que, para recomponer su negocio, únicamente le queda dificultar que los mayoristas griegos se dediquen a las exportaciones paralelas hacia países en los que la cantidad reembolsada por medicamento supera con creces la obtenida en la República Helénica.

b) Examen de estas causas de justificación

86. Aunque la jurisprudencia comunitaria no ha admitido ninguna causa basada en las peculiaridades de la regulación de un mercado determinado, creo concebibles hipótesis en las que lo haría, en función de la incidencia del control del mercado por el Estado. GSK ha invocado dos factores fundamentales: la intervención de los precios y la obligación de abastecimiento.

51 — Myhre, J.W., «The pharmaceutical sector — Article 81 EC and Article 82 EC — Imperfect tools for an imperfect market?», en Johansson, M./Wahl, N./Bernitz, U. (editores), *Liber amicorum in honour of Sven Norberg: a European for all seasons,* Ed. Bruylant, Bruselas, 2006, p. 378.

52 — Pelkmans, J., *op. cit.*, p. 193.

i) La fijación de precios por los Estados miembros

87. Por lo que atañe a la política practicada en los Estados miembros para que los organismos de seguridad social reembolsen los gastos en medicamentos de los pacientes, la sentencia Merck y Beecham [53] reconoció que la imposición de precios podría falsear la competencia entre los Estados miembros, pero matizó que esa distorsión de la competencia inducida por la injerencia del Estado no justifica una excepción al principio de la libre circulación de mercancías. [54]

88. A pesar de que la prohibición del artículo 28 CE no es oponible a las empresas, la obligación de no obstaculizar los fines del Tratado, en particular la libertad de comercio entre los Estados miembros, se les exige a través de los artículos 81 CE y 82 CE, al declarar incompatibles con el Tratado las conductas que provoquen el aislamiento artificial de los mercados nacionales y alteraciones en la competencia. [55] Convendría, pues, traer a colación la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la libre circulación de mercancías, al menos en lo tocante a la compartimentación de los mercados nacionales.

89. En cualquier caso, el rigor de la política de precios se relativiza con los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Directiva 89/105, [56] vigente para todos los modelos de intervención estatal. [57] Se desprende claramente del referido apartado 2 que los fabricantes de fármacos participan en discusiones con las autoridades encargadas de la fijación de los precios, a quienes incumbe motivar con «criterios objetivos y comprobables» la denegación de la venta del medicamento al precio propuesto por el solicitante. En el apartado 1 se prevé, incluso, una autorización por silencio administrativo positivo, puesto que, a falta de una decisión del Estado miembro dentro de los noventa días siguientes a la presentación de la instancia, se autoriza al solicitante a comercializar el medicamento.

90. Por muy duras que resulten las negociaciones, no ha de olvidarse la situación de las empresas farmacéuticas, especialmente cuando disponen de patentes nuevas, que, en general, suponen un avance para el enfermo que recibe un tratamiento médico con esas medicinas. Este dato reviste gran trascendencia, ya que al Estado miembro, obligado a velar por una sanidad de calidad al servicio del paciente, no le interesa prescindir de los mejores medios que el mercado le brinda, siempre que se los procure a un precio razonable. [58]

53 — Sentencia de 5 de diciembre de 1996, Merck y Beecham (C-267/95 y C-268/95, Rec. p. I-6285), apartado 47.

54 — Ibídem.

55 — Sentencia de 31 de mayo de 1979, Hugin/Comisión (22/78, Rec. p. 1869), apartado 17.

56 — Descritos en el punto 5 de estas conclusiones.

57 — Artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/105.

58 — Considerandos segundo y tercero de la Directiva 89/105.

91. Acepto que, con el paso del tiempo, la ventaja del titular de la patente farmacéutica se debilita, obligándole a rebajar los precios inicialmente acordados con las autoridades sanitarias. Sin embargo, esa evolución no es anormal, pues depende de las ofertas de otros fabricantes de productos sustituibles y más eficaces en la terapia, desbancándose sucesivamente merced a los progresos en la investigación.

92. Por lo demás, el precio pactado no ha de alcanzar niveles que lleven a las compañías del sector a vender por debajo del precio de coste.

93. En suma, aunque el mercado de los productos farmacéuticos no funciona en régimen de competencia normal, el sistema de regulación de los precios no escapa por completo a la influencia de sus fabricantes, que los negocian con las autoridades sanitarias de los Estados miembros, gozando de cierto peso en el mercado, en el que se acomodan fácilmente a las vicisitudes de la política de salud, al menos en el área de las medicinas.

ii) La obligación de abastecimiento

94. El segundo factor de la ordenación del mercado que, según GSK perturbaría su actividad normal en Grecia y disculparía la limitación del comercio paralelo afecta a la carga de mantener suficientemente abastecido en todo momento el mercado heleno. Sostiene, además, que el cumplimiento de esa tarea le impide atender los pedidos de los mayoristas en los términos deseados.

95. El alcance de tal carga requiere ciertas precisiones, pues algunas de las recurrentes en el litigio principal se consideran igualmente obligadas a abastecer el mercado, lo que se sustentaría en el artículo 81, párrafo segundo, de la Directiva 2001/83, mencionado en el punto 6 de estas conclusiones. No se atisba, pues, ninguna razón para que GSK invoque la carga en su defensa.

96. Sin duda, las necesidades de los pacientes en el Estado miembro no experimentan alteraciones súbitas, salvo cuando hay epidemias o pandemias, por lo que las estadísticas de los enfermos de cada dolencia son fiables y facilitan a las empresas cierta previsibilidad para adaptarse al mercado.

97. En resumen, por todo lo expuesto, la garantía del aprovisionamiento no sirve para justificar a la empresa GSK cuando recorta las remesas a sus rivales mayoristas griegos.

98. Por tanto, al desestimar los dos motivos exculpatorios propuestos por GSK, hay que descartar la idea de que en este asunto habría razones objetivas relativas a la intervención pública en el mercado que disculparían su comportamiento.

2. La defensa de los intereses comerciales legítimos

a) Examen jurisprudencial

99. Un análisis somero de la jurisprudencia muestra que esta categoría de justificaciones objetivas es la única que ha cristalizado hasta ahora, habiéndose reducido la dialéctica intrínseca del artículo 82 CE a la dicotomía entre prácticas abusivas y conductas diseñadas para preservar intereses comerciales legítimos. [59]

100. La negativa a satisfacer íntegramente las peticiones de los mayoristas griegos equivale a rehusar el aprovisionamiento, aunque de forma parcial, por lo que me ciño a las escasas resoluciones de este Tribunal de Justicia sobre el particular.

101. La sentencia United Brands reconoció la protección de los intereses comerciales legítimos como herramienta para desactivar las sospechas de abuso de las empresas en posición dominante, al permitirles realizar actos pertinentes para asegurarse tal protección, siempre que se guarde la imprescindible proporcionalidad de la respuesta de las compañías dominantes con los ataques que sufran sus intereses. [60]

102. Sin embargo, de nada le valió a la multinacional americana del plátano el asenta-

59 — Van Bael, I./Bellis, J.-F., *Competition Law of the European Community*, 4ª ed., Ed. Kluwer, La Haya, 2005, p. 907.

60 — Sentencia United Brands, citada, apartados 189 y 190.

miento de tal principio, pues la sentencia, basándose precisamente en la falta de proporcionalidad de la negativa a servir los pedidos a su cliente y competidora Olesen, desechó que se dieran las exigencias de protección legítima. [61]

103. En otro asunto el Tribunal de Justicia investigó la denegación de suministro en tiempos de penuria, durante la crisis del petróleo [62] de los años setenta del pasado siglo, y permitió a la empresa BP aplicar a un comprador ocasional, la cooperativa holandesa ABG, un porcentaje de reducción del suministro de crudo superior al de sus clientes habituales, para evitar que estos últimos resultaran relativamente más perjudicados. [63]

104. Al margen de la jurisprudencia comunitaria, se han avanzado ciertas justificaciones en otros ámbitos. Así, por ejemplo, la Comisión aprueba que un fabricante dominante revise sus relaciones comerciales cuando un cliente cambia su política para dedicarse a la promoción de una marca rival. [64]

105. En la doctrina se barajan otras justificaciones, como la del socio comercial inadecuado, a saber, el que se encuentra al borde de la bancarrota, el que incumple sistemáticamente los contratos o el que daña la imagen o la calidad de los bienes del proveedor. [65] En estos supuestos el sentido común aconseja respetar el deseo de cualquier empresa dominante de rechazar sus pedidos.

b) Motivos alegados

106. De los argumentos esgrimidos por GSK en las observaciones remitidas a este Tribunal de Justicia, todos relativos al descenso de los ingresos por la pérdida de cuota de mercado en favor de los mayoristas y su incidencia en la recuperación de las inversiones en investigación y desarrollo (en lo sucesivo, «I+D») se reconducen a la defensa de los intereses legítimos.

107. Tanto GSK como cierta literatura jurídica aducen el coste enorme de las inversiones en I+D para el lanzamiento de un medicamento; añaden que el periodo entre la obtención de la patente para el principio

61 — Apartados 191 y siguientes de la sentencia United Brands.

62 — Sentencia de 29 de junio de 1978, BP/Comisión (77/77 Rec. p. 1513), «asunto de la crisis del petróleo».

63 — Ibídem, apartados 32 y 33.

64 — Decisión 87/500/CEE de la Comisión de 29 de julio de 1987, sobre un procedimiento previsto en el artículo [82] del Tratado [CE] (IV/32.279 — BBI/Boosey & Hawkes: medidas provisionales) (DO L 286, p. 36), punto 19.

65 — Van Bael, I./Bellis, J.-F., *op. cit.*, p. 957.

activo y su disponibilidad terapéutica alcanza los doce o trece años de media, por lo que la fase en la que la comercialización aporta réditos se circunscribe a siete u ocho años. [66]

108. En estas condiciones, comentan, el comercio paralelo y la fabricación de genéricos al finalizar el amparo que les procura el título de propiedad industrial minimizan la recuperación del gasto por I+D.

109. No se vislumbra un nexo causal necesario entre el eventual daño a la inversión en I+D y el comercio paralelo, pues: en primer lugar, GSK y los autores aludidos no han facilitado información alguna sobre el origen del lapso durante el que la patente no rinde beneficios. Pero esa espera tan prolongada proviene de las propias estructuras internas de costes de las empresas farmacéuticas. De cualquier manera, al estimar muy corto el plazo en el que la patente es rentable, descubren el sentimiento de quien disfruta de sus derechos por un periodo limitado. Me aventuro a vaticinar, incluso, que hay más sectores en los que sucede algo similar con ese tipo de propiedad inmaterial.

110. En segundo lugar, aunque sea lógico pensar que sólo el éxito económico de una patente garantiza la recaudación de más fondos para seguir investigando, la política de I+D en el sector farmacéutico se erige en la clave de toda la actividad. En esta rama de la economía sólo la incesante prospección de medicamentos revolucionarios favorece la supervivencia en un mercado muy competitivo, globalizado y lucrativo. Pero, sin una política comercial bien diseñada, los más geniales inventos corren el riesgo de pasar desapercibidos. De ahí que toda empresa investigadora haya de buscar los cauces más propicios para convencer y llegar al consumidor.

111. GSK era dueña de configurar la distribución de sus mercancías en Europa. Optó por una estrategia que comprendía a los mayoristas griegos, porque la consideró económicamente más útil y provechosa. Podría haber preferido un sistema integrado verticalmente de reparto de sus fármacos, como quiso hacer en noviembre de 2000. Aunque goza

66 — Krapf, E., *Parallelimporte von Arzheimitteln und europäisches Kartellrecht — eine Untersuchung von Vertriebssystemen zur Verhinderung des Parallelhandels*, Ed. Shaker, Aquisgrán, 2006, pp. 107 y 108.

de libertad para remodelar sus esquemas de entrega, respetando los usos comerciales, en el caso de autos se le reprocha castigar a los mayoristas por haber aprovechado mejor las condiciones del mercado, impidiéndoles su actividad exportadora.

112. En tercer lugar, cotejando datos proporcionados por la literatura jurídica mencionada en el punto 107 de estas conclusiones, a cuyo tenor, entre los años 1998 y 2003, la cuota de mercado de los importadores paralelos habría aumentado del 1,8 % al 6,8 %, [67] da la sensación de que la verdadera batalla se dirime en la recuperación de esos márgenes de beneficios que han adquirido los rivales de las grandes compañías farmacéuticas.

113. Con este trasfondo, el argumento del desincentivo que provoca la pérdida de ingresos por la importación paralela de los medicamentos patentados me parece falaz, pues sólo intenta seducir a la opinión pública, sensibilizada con la vital importancia del binomio I+D para la competitividad, desplazando el escenario de la rivalidad empresarial al estrado de la política de fomento de la investigación, sector que la Unión Europea ha añadido a sus quehaceres desde que el Acta Única Europea incorporó al Tratado CE el título XVIII, denominado «Investigación y desarrollo tecnológico».

114. En este contexto, la Unión Europea ofrece un entorno favorable a las empresas, animándolas a disminuir los costes de I+D mediante la exención por categorías de los acuerdos horizontales de esa índole, [68] consciente de que la cooperación en este ámbito y en la explotación común de sus resultados contribuye a promocionar el progreso técnico y económico, difundiendo más ampliamente los conocimientos; evita, además, las duplicidades en los trabajos de I+D, estimula los progresos gracias al intercambio de avances complementarios; y promueve una mayor racionalización en la fabricación de los productos o en la utilización de los métodos derivados de la I+D. [69]

115. Por tanto, aun si se pudiera justificar el comportamiento, habría que declararlo desproporcionado, ya que elimina la compe-

67 — Krapf, E., *op. cit.*, p. 2

68 — Reglamento (CE) nº 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (DO L 304, p. 7).

69 — Considerando décimo del Reglamento nº 2659/2000.

tencia en la distribución dentro de Europa, asfixiando las importaciones paralelas procedentes de Grecia.

3. El balance económico positivo

116. La última excusa de las empresas dominantes atañe a la eficacia en términos económicos de la conducta hipotéticamente abusiva *(«efficiency defence»)*. El documento de reflexión de la Comisión sobre la aplicación del artículo 82 CE la encuadra en su línea de actuación, [70] haciéndose eco de la doctrina que la echaba de menos. [71]

117. De las observaciones de GSK deduzco que cabría adscribir a esta rúbrica sus alegatos sobre las perversas consecuencias del comercio paralelo de medicamentos de obligada prescripción facultativa. Aduce que no favorece a los pacientes ni a los organismos de seguridad social que asumen el reembolso de los gastos médicos. Este dato lo contrasta con los pingües réditos de los mayoristas al vender la mercancía en países en los que el precio devengado por los seguros médicos es mayor que en Grecia, a la vez que se lamenta de las grandes sumas que la propia GSK deja de percibir.

118. Pues bien, aparte de la descripción de los «horrores» engendrados por el comercio paralelo, no apunta ningún aspecto positivo derivado de su limitación de las remesas de medicinas a los mayoristas, con la salvedad de la recuperación de sus márgenes de ganancia, lo que carece de relevancia para calificar de abusivo el comportamiento, o para disculparlo, como certeramente señala el Gobierno polaco.

119. Aun auspiciando que las empresas en posición dominante estén facultadas para probar la bonanza económica de sus abusos, GSK no ha mostrado ningún elemento susceptible de inclinar la balanza en su favor, a pesar de que los criterios atinentes al bienestar del enfermo y a la reducción de los costes de la sanidad pública merecen una

70 — Comisión Europea, *op. cit.,* párrafos 84 a 91.

71 — Loewenthal, P.-J., *op. cit,* pp. 464 y 465.

especial atención en el litigio principal. Se obvia, así, la comprobación de la proporcionalidad, el paso definitivo del análisis, si se hubiera propugnado una justificación.

4. Solución sugerida para la segunda cuestión prejudicial

120. En atención a las reflexiones expuestas, recomiendo al Tribunal de Justicia responder a la segunda cuestión prejudicial en el sentido de que la reducción por una empresa en posición dominante de los pedidos de los mayoristas a las cantidades que cubran las demandas de un mercado nacional, con la intención de terminar con las importaciones paralelas de esos mayoristas hacia otros Estados miembros, constituye, en principio, un abuso de posición dominante a tenor del artículo 82 CE.

121. Sin embargo, la empresa sospechosa puede aportar los materiales oportunos para justificar objetivamente su actitud, en particular:

— los datos de regulación del mercado que, por quedar fuera de su alcance cualquier modificación, la constriñan a comportarse de esa guisa, descartándose, en el litigio de autos, la fijación de precios de medicamentos y la obligación de mantener existencias para surtir a los pacientes;

— las pruebas de que únicamente la movía la defensa de sus intereses comerciales legítimos, entre los que no figura, en el presente asunto, el impacto sobre los incentivos para innovar;

— y los beneficios económicos de la conducta imputada.

122. Contrastado el fundamento de la justificación, no ha de olvidarse el test de proporcionalidad, es decir, la comprobación de su carácter imprescindible y de su adecuación.

VI. Conclusión

123. A la luz de las anteriores consideraciones, discrepando de las aludidas conclusiones del abogado general Jacobs en el asunto Syfait, propongo al Tribunal de Justicia solventar las cuestiones prejudiciales planteadas por el Trimeles Efeteio Athinon de la siguiente manera:

«1) El artículo 82 CE no permite imputar a las empresas en posición de dominio conductas en sí mismas abusivas incluso cuando las circunstancias del caso evidencien su intención y el efecto anticompetitivo que provocan.

2) Una empresa en posición dominante que se niega a atender íntegramente los pedidos de los mayoristas de productos farmacéuticos, con la finalidad de reducir sus exportaciones y de restringir el perjuicio ocasionado por el comercio paralelo, incurre en un comportamiento abusivo a tenor del artículo 82 CE. La empresa, no obstante, puede aportar las pruebas pertinentes para justificar objetivamente su actitud, en particular:

— los datos de regulación del mercado que, por no estar a su alcance modificarlos, la constriñan a comportarse de esa guisa, descartándose, en el litigio de autos, la fijación de precios de medicamentos y la obligación de mantener reservas para proveer a los pacientes;

— los elementos acreditativos de que sólo pretendía la defensa de sus intereses comerciales legítimos, entre los que no figura, en el presente asunto, el impacto sobre los incentivos para innovar;

— y los beneficios económicos de la conducta imputada.»