

Nuevo pronunciamiento en el caso Glaxo: continua el debate entorno al comercio paralelo de medicamentos

Maria Cedó

Asociado. Departamento de Derecho Farmacéutico
JAUSAS

El pasado 6 de octubre el Tribunal de Justicia de las Comunidades dictó una sentencia en la que obliga a la Comisión a revisar su decisión de prohibir el sistema de precio libre que GlaxoSmithkline estableció para algunos de sus medicamentos con el fin de limitar el comercio paralelo con origen en el estado español. El presente artículo se centra en el nuevo pronunciamiento europeo y analiza sus consecuencias al tiempo que explica el por qué del conflicto.

El debate empezó hace más de diez años, en 1998, cuando Glaxo remitió a ochenta y nueve mayoristas las nuevas condiciones generales de venta de ochenta y dos de sus medicamentos, que representaban el noventa por ciento de los medicamentos de la compañía. En dichas condiciones se establecía un doble precio para los medicamentos, en función de si éstos estaban destinados al mercado español o al europeo. Glaxo notificó a la Comisión dichas condiciones con el fin de obtener una exención, exención que le fue denegada en una Decisión de 8 de mayo de 2001 por entender la Comisión que Glaxo no había aportado pruebas de que aquella estuviera justificada.

El Tribunal de Primera Instancia Europeo, el 27 de septiembre de 2006, consideró sobre este particular que la Comisión no había comprobado de forma suficiente los argumentos de Glaxo antes de denegar la exención solicitada por la compañía, e instó a la Comisión a reexaminar su decisión (ver *Economist & Jurist* nº107). En concreto, este Tribunal entendía que la pérdida de beneficios de las farmacéuticas debido al comercio paralelo podía redundar en una disminución de estas compañías de sus inversiones en investigación de nuevos fármacos. Tres años más tarde, el pasado 6 de octubre de 2009, el Tribunal de Justicia Europeo ha confirmado en esencia lo que en su día dictó el Tribunal de Primera Instancia, ordenando a la Comisión que reconsidere su decisión, en la medida que entiende que una restricción al comercio paralelo podría estar justificada en determinadas circunstancias.

El Tribunal considera que el hecho de limitar el comercio paralelo de medicamentos es una conducta que tiene por objeto restringir la competencia y, como tal, deber ser considerada contraria a las normas de defensa de la competencia que instaura el Tratado de la Unión Europea. Sin embargo, dicha conducta podría estar exenta de dicha prohibición en virtud del Artículo 81.3 del Tratado de la Unión Europea, y por lo tanto permitida si se dan una serie de circunstancias que la justifiquen. En este sentido. El Tribunal ha fallado que la Comisión ha cometido un error al concluir que dichas circunstancias no concurren en el caso que nos ocupa, porque entiende que la Comisión no ha examinado adecuadamente la petición de exención en su día presentada por Glaxo. El Tribunal recuerda que para que un acuerdo quede exento debe contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos, o a fomentar el progreso técnico o económico. Esta contribución corresponde a las ventajas objetivas que deben compensar los inconvenientes que el acuerdo pueda generar para la libre competencia. El Tribunal precisa que dicho examen debe realizarse a la luz de las alegaciones de hecho y de las pruebas que haya aportado la compañía, y para ello puede ser necesario tener en cuenta las especificidades y características del sector,

J A U S A S

en este caso, el mercado farmacéutico, si dichas circunstancias pueden ser decisivas para el resultado del examen. De esta forma, se reprocha a la Comisión no haber tenido en cuenta las especificidades de este sector, así como todos los elementos pertinentes aportados por Glaxo en relación a la posible pérdida de eficiencia que se deriva del comercio paralelo y el aumento de eficacia y fomento de la innovación que se genera a través de la instauración de las condiciones generales de venta. En particular, sigue el Tribunal de Justicia, debe valorarse lo que en su día consideró el Tribunal de Primera Instancia al entender que las condiciones generales de venta podían generar una ventaja económica mediante su contribución a la innovación, factor que ocupa una posición central en este sector, circunstancia que no había sido examinada de forma suficiente por la Comisión.

Se trata sin duda de un pronunciamiento satisfactorio para la industria, aunque no signifique una solución definitiva al comercio paralelo. Deberemos esperar a ver qué decide la Comisión en su revisión más detallada de las condiciones para saber en qué medida los laboratorios pueden aplicar precios diferenciados para sus medicamentos en función de si son dispensados en territorio español con cargo a la Seguridad Social o no.

Entre tanto, puede surgir el problema de la compatibilidad de la decisión del Tribunal de Justicia con las decisiones recientemente adoptadas este año por la Comisión Nacional de Competencia española, que vienen a negar la existencia misma del precio dual y por lo tanto avalan la posibilidad de fijar un precio libre para los productos no dispensados en España con cargo a la Seguridad Social. Efectivamente, en resoluciones emitidas este año, las autoridades españolas han considerado que los laboratorios que aplican sistemas de doble precio no infringen las normas de defensa de la competencia, en la medida que el precio aplicado por la compañía es único y que éste se modifica por un precio intervenido cuando concurren las circunstancias previstas por la ley para los medicamentos financiados y dispensados en territorio nacional. Si hacemos caso de los pronunciamientos nacionales, el contexto normativo ha evolucionado y, de alguna forma, la Sentencia Glaxo nacería obsoleta.

En conclusión, aunque el tratamiento del comercio paralelo sigue no estando del todo claro, puede decirse sin embargo que la política de precios libres (o duales, según la orientación que se tenga) sigue teniendo su fundamento legal, al menos hasta que la Comisión desautorice las decisiones nacionales.