

**IMPORTACIONES PARALELAS DE PRODUCTOS FARMACEÚTICOS Y  
DERECHO DE LA COMPETENCIA**  
**Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de Primera Instancia de 26 de  
octubre de 2000 (Asunto T-41/96, Bayer AG y European Federation of  
Pharmaceutical Industries' Associations c. Comisión de las Comunidades Europeas y  
Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V)**

**Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN\***

Publicado en

*Noticias de la Unión Europea,*  
vol. 241, Febrero, 2005, pp. 49-64

\* Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense  
E – 28040. Madrid  
[cocastri@der.ucm.es](mailto:cocastri@der.ucm.es)

Documento depositado en el archivo institucional E-Prints Complutense  
<http://www.ucm.es/eprints>

**IMPORTACIONES PARALELAS DE PRODUCTOS FARMACEÚTICOS Y  
DERECHO DE LA COMPETENCIA**  
**Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de Primera Instancia de 26 de  
octubre de 2000 (Asunto T-41/96, Bayer AG y European Federation of  
Pharmaceutical Industries' Associations c. Comisión de las Comunidades Europeas y  
Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V)**

Carmen Otero García-Castrillón  
*Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado  
Facultad de Derecho. Universidad Complutense*

## I. PRESENTACIÓN

La sentencia del Tribunal de Justicia de Primera Instancia (TJPI) en el asunto T-41/96 (*Bayer c. Comisión*) tiene su origen en la sanción impuesta por la Comisión de las Comunidades Europeas a la empresa *Bayer AG* el 10 de enero de 1996 por infracción del artículo 85.1 (hoy 81) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCE). Para la Comisión la conducta de Bayer, cuya multa importaba tres millones de ecus<sup>1</sup>, consistía en *acordar implícitamente* con sus distribuidores en España y Portugal límites a la exportación de *Adalat*<sup>2</sup>, medicamento para tratar enfermedades cardiovasculares.

La sanción de la Comisión se sitúa en el contexto de la libre circulación de productos farmacéuticos con el objetivo de alcanzar el “mercado interior” de los medicamentos. Son muchas las medidas adoptadas desde las instituciones comunitarias para favorecer el comercio de estos productos entre los Estados miembros<sup>3</sup>, sin embargo, destacan por su trascendencia y por la polémica que suscita su presentación simultánea, por una parte, el agotamiento de los derechos de patente y de marca, y, por otra, las diferentes

---

<sup>1</sup> IP/69/19. Decisión 96/478 de 10 de enero de 1996, *DOCE* (1996) L201/1.

<sup>2</sup> La decisión se refiere a dos presentaciones de este medicamento: las cápsulas de 10 mg - comercializadas en el Reino Unido y en España con el nombre de *Adalat* y en Francia como *Adalate*- y los comprimidos de efecto retardado de 20 mg - comercializados en el Reino Unido y en España con el nombre de *Adalat Retard* y en Francia con el nombre *Adalate 20 mg LP*-.

<sup>3</sup> La Comisión ha centrado su labor uniformizadora y armonizadora en la reducción de los obstáculos técnicos que, constituyendo medidas equivalentes a las restricciones cuantitativas, pudieran ser justificados en base a la protección de la salud, a través de: Reglamento para establecer procedimientos comunitarios para la autorización y supervisión de medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos; Directivas sobre autorizaciones de comercialización, fabricación, etiquetado y prospecto, publicidad. *Vid. Normas sobre medicamentos de la Unión Europea*. Comisión Europea. 1999.

políticas administrativas nacionales para el abastecimiento de medicamentos que fijan los precios y los procedimientos de reembolso.

El *agotamiento de los derechos de patente y de marca* se produce cuando el producto protegido es puesto en el mercado con el consentimiento del titular de los derechos en los territorios de procedencia y destino de la mercancía<sup>4</sup>. No es infrecuente que los titulares de los derechos sean los mismos en distintos territorios. Las respectivas *políticas nacionales para el abastecimiento de medicamentos* dan lugar a la existencia de diferencias de precios en los Estados miembros<sup>5</sup>, sin que se produzca intervención alguna de las instituciones comunitarias que carecen de competencias en este ámbito<sup>6</sup>. La conjugación de estos elementos propicia la aparición de *importaciones paralelas* - importaciones en un Estado miembro de productos originales lícitamente comercializados en otro a través de canales distintos de los previstos por el fabricante y con independencia de su voluntad - cuya rentabilidad es ajena a las leyes del mercado, ya que su interés económico reside en la intervención artificial de las administraciones nacionales sobre los precios de los medicamentos.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), a pesar de reconocer la distorsión existente en el mercado de los medicamentos<sup>7</sup>, no ha acogido nunca la

---

<sup>4</sup> Sobre el agotamiento de los derechos de patente, *vid.* Asunto C 16/74 *Centrafarm c. Sterling Drug*, ECR (1974) pp.1147. Sobre el agotamiento de los derechos de marca, *vid.* Asunto T-16/74 *Centrafarm c. Winthrop*, ECR (1974) p.1183.

<sup>5</sup> En algunos Estados, como el Reino Unido, Dinamarca, Alemania y Holanda, los laboratorios pueden fijar libremente el precio de los medicamentos. En otros, como España, Francia, Portugal y Grecia, las autoridades nacionales fijan los precios a niveles más bajos.

<sup>6</sup> El artículo 159.5 TCE establece que la acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica. La única normativa comunitaria existente es la Directiva 89/105 sobre transparencia de las medidas nacionales que regulan la fijación de precios de los medicamentos; *DOCE* (1989) L 40, que en ningún caso puede ser considerada una medida de armonización. Esta Directiva fue precedida de una Comunicación de la Comisión relativa a la compatibilidad con el artículo 30 del TCE de las medidas adoptadas por los Estados miembros en materia de control de precios y de reembolso de los medicamentos, *DOCE* (1986) C 310/76. Por su parte, el TJCE tiene reconocido que el Derecho comunitario no afecta la autoridad de los Estados miembros para adoptar medidas que restrinjan los gastos sanitarios en fármacos mediante controles de precios o restricciones de reembolso de la Seguridad Social, en tanto dichos controles se apliquen de conformidad con el artículo 30, esto es, sin discriminaciones. Asunto C-238/82, *Duphar c. Holanda*, ECR (1984) p.523.

<sup>7</sup> *Centrafarm c. Sterling Drug*, *loc. cit.* núm.23. “entra dentro de la misión de las autoridades comunitarias eliminar los factores susceptibles de flasear la competencia entre los Estados miembros, en particular mediante la armonización de las medidas nacionales de control de precios y por la prohibición de ayudas incompatibles con el mercado común, así como mediante el ejercicio de sus poderes en materia de competencia”. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 1996 en

reiterada reclamación de la industria farmacéutica por los perjuicios derivados de las diferencias en los regímenes nacionales de precios y el “respaldo” que proporciona el agotamiento de los derechos de patente a la deflación comercial que aquellas provocan<sup>8</sup>. En contra de las pretensiones de la industria, el TJCE no podía ni debía confundir el agotamiento de los derechos de patente, verdadero instrumento de la circulación de los productos protegidos por estos derechos, con el problema planteado por el control de los precios. En esta tesitura, y reforzadas por los sucesivos fracasos de las “mesas redondas” celebradas desde 1997<sup>9</sup>, las empresas del sector desarrollaron estrategias comerciales tendentes a reducir, cuando no a suprimir, las importaciones paralelas. La conformidad de la estrategia de *Bayer* con el Derecho de la competencia es el objeto de la sentencia comentada.

Paralelamente, *Glaxo Wellcome* ha puesto en práctica otra alternativa comercial cuya compatibilidad con el Derecho de la competencia comunitaria está siendo investigada por la Comisión al escribir estas páginas<sup>10</sup>. Las reflexiones sobre las prácticas de *Bayer* en la sentencia que nos ocupa, permitirán realizar alguna aproximación tentativa y general a la calificación y valoración de la estrategia comercial de *Glaxo Wellcome*.

## II. LAS IMPORTACIONES PARALELAS Y LAS ESTRATEGIAS COMERCIALES

El diseño y puesta en práctica de las estrategias comerciales forma parte del marco de acción empresarial en el ejercicio de la libertad que da paso a la economía de mercado. Como se ha indicado, las estrategias frente a la situación descrita persiguen la reducción, cuando no eliminación, de las importaciones paralelas.

Una de las opciones disponibles sería negarse a consentir la comercialización de los productos farmacéuticos protegidos por una patente en los Estados cuyos mercados tengan los precios intervenidos en mayor medida, de modo que las importaciones

---

los asuntos acumulados C-267-268/95 *Merck & Co. Inc.* y otros c. *Primecrown Ltd.* y *Beecham Group Plc.* c. *Europharm of Worthing Ltd.*, núm. 47.

<sup>8</sup> *Merck c. Primecrownloc. cit.* núm. 47, p.14. Asunto C-187/80 *Merck c. Stephar*, ECR (1981) p.2081, señala que la libertad de elección de las condiciones de comercialización no se ve afectada por las circunstancias legales o económicas del Estado en que se comercializa por primera vez.

<sup>9</sup> Mesas redondas dirigidas por el Comisario Bangemann con los principales expertos, operadores y autoridades del mercado europeo de productos farmacéuticos.

paralelas carecerían de interés económico. Si bien la falta de comercialización de tales productos podría ser sancionada como abuso del derecho de patente, la sanción por falta de explotación del derecho mediante licencias obligatorias, en las que se contempla la fijación de *rollalties* para el titular, provocaría la comercialización sin su consentimiento con lo que su derecho no quedaría agotado en cualquier otro Estado miembro. Así, además de recibir las cantidades establecidas en la concesión de la licencia obligatoria, el titular de distintos derechos nacionales de patente podría oponerse a la importación del producto en otro Estado miembro. Sin embargo, entre otros problemas operativos, esta estrategia empresarial afectaría sobremanera la imagen de la empresa en cuestión, que, al descubrir un medicamento tiene la “obligación ética”<sup>11</sup> de ofertarlo.

Más realistas resultan las estrategias de *Bayer* y *Glaxo Wellcome*, que, aunque claramente distintas, giran en torno a la política de suministros. Con anterioridad, *Sandoz* puso en práctica una estrategia de distribución en cierta manera próxima a la desarrollada por *Glaxo*.

#### A. EL CASO DE *BAYER*

*Bayer* pretendía la reducción de las importaciones paralelas de los mercados español y francés, con precios intervenidos muy reducidos, al mercado británico, en el que los precios eran superiores en un 40 % por término medio. Desde 1989 a 1993, la diferencia de precios condujo a los mayoristas españoles y franceses a exportar cantidades de *Adalat* al Reino Unido, habiendo aumentando progresivamente el volumen de sus pedidos de este medicamento a las filiales de *Bayer* en sus respectivos países, e incluso dejando de servirlo en ocasiones dentro de sus zonas tradicionales de suministro. La filial del Reino Unido sufrió importantes pérdidas en su volumen de negocio.

*Bayer* modificó la política de suministros a los mayoristas en los respectivos territorios de protección de la patente comenzando por España en 1989, y continuando en Francia en el último cuatrimestre de 1991. Sin abandonar por completo el suministro a los mayoristas asumiendo por sí misma la distribución, pasó de atender los pedidos en las cantidades solicitadas a servir, con independencia de las cantidades solicitadas y

---

<sup>10</sup> IP/99/522. La Comisión abre un procedimiento de prohibición contra el sistema de doble precio de *Glaxo Wellcome* en España.

<sup>11</sup> Sobre la ineficacia jurídica de esta obligación ética *vid. Merck c. Primecrown, loc. cit.* núm. 38.

aduciendo motivos de existencias y producción, un volumen de producto equivalente a las cantidades vendidas en las zonas de distribución tradicionales de cada mayorista. En ningún momento se establecieron prohibiciones de exportación ni se decidió suprimir el suministro o terminar las relaciones con aquellos mayoristas que se involucrasen en operaciones exportadoras.

Esta estrategia no parece implicar la existencia de acuerdo alguno con los mayoristas, y en ningún caso garantiza la desaparición de las importaciones paralelas.

### B. EL CASO DE *GLAXO WELCOME*

Con el fin de proteger fundamentalmente el mercado británico, en abril de 1998 la filial española de *Glaxo Welcome* notificó a sus clientes sus nuevas condiciones generales para la venta a mayoristas estableciendo un sistema de doble precio en atención al destino final de los productos. Los precios de los productos destinados a la exportación eran netamente superiores, hasta 25.4 veces, a los de los medicamentos que fueran a ser comercializados en España. En el documento se solicitaba la devolución firmada dentro del plazo de 7 días, cesando el suministro a quienes no se avinieron a aceptar el nuevo régimen. Paralelamente, se solicitó de la Comisión una declaración negativa del artículo 81.1 y, subsidiariamente, la exención del artículo 81.3.

Con esta estrategia las diferencias de precios aseguran que las exportaciones, de producirse, no afectaran competitivamente a los productos comercializados en los Estados miembros de destino. Por otra parte, sólo los mayoristas que acepten las nuevas condiciones mantendrán su relación comercial con *Glaxo*. De esta manera, puede asegurarse, si no la desaparición, la falta de interés económico de las importaciones paralelas.

La estrategia de *Glaxo* presenta semejanzas con la que en su día puso en práctica *Sandoz*, en tanto conducen a la celebración de acuerdos entre fabricante y mayoristas. La filial italiana de *Sandoz* incluía en sus facturas una mención expresa prohibiendo la exportación de sus productos que, aceptada por los clientes, daba lugar al desarrollo de una práctica concertada (acuerdo implícito). En ambos casos, se elimina el riesgo de que se produzcan importaciones paralelas a través del acuerdo: con *Sandoz*, mediante la

prohibición genérica de las exportaciones; con *Glaxo*, mediante la eliminación de su rentabilidad económica.

### III. LA CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA DEFENSA POR LOS INTERESADOS DE LAS ESTRATEGIAS COMERCIALES

Las distintas estrategias comerciales van a ser cuestionadas por las instituciones encargadas de la aplicación del Derecho de la competencia y defendidas por sus autores. Mientras que la Comisión, y el Tribunal de Defensa de la Competencia español (TDC) en el caso de *Glaxo*, parece observar en todo caso la existencia de comportamientos contrarios al artículo 81 TCE, las partes adoptaron diferentes posiciones en atención a las peculiaridades de sus respectivas prácticas. Así, *Bayer* rechazó en todo momento la existencia de un acuerdo colusorio y *Glaxo* solicitó una declaración negativa del artículo 81.1 TCE y, subsidiariamente, una excepción del artículo 81.3 TCE.

Por lo demás, llama la atención que la Comisión no incidiera en ningún momento, aparentemente ni siquiera en la fase inicial de la investigación, en consideraciones respecto de una eventual posición de dominio de *Bayer* en el mercado de productos farmacéuticos, y concretamente, de los medicamentos que fabrican y comercializan. El TJCE tiene reconocido que, si bien la titularidad de una patente, como la de cualquier derecho de propiedad intelectual o industrial, no constituye en todo caso una situación de dominio, al menos puede ser un factor importante que contribuya a probar una posición dominante<sup>12</sup>. Tan es así que incluso la propia *Bayer* se preocupa de significar, sin mayor acreditación, su posición no dominante en el mercado.

#### A. EL CASO DE BAYER

---

<sup>12</sup> Asunto 78/70 *Deutsche Gramophon c. Metro*, ECR (1971), p.487 "... (un derecho de autor) no ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado meramente mediante el ejercicio de sus derechos exclusivos ... tal artículo requiere que ... el fabricante ... tenga el poder de impedir el mantenimiento de la competencia efectiva sobre una parte considerable en el mercado relevante, teniendo en cuenta en particular la existencia de otros productores que comercialicen productos similares y de su posición en el mercado". Sobre los derechos de autor, *vid.* más recientemente en el mismo sentido la Sentencia del TPI de 16 de diciembre de 1999 en el asunto T-198/98, *Micro Leather Business c. Comisión*. En el caso de las patentes, además de los asuntos relacionados con la concesión de licencias, *vid.* Asunto 24/67 *Parke, Davis & Co. c. Probel*, ECR (1968), en el que se consideró abusivo cobrar un precio excesivo por el producto protegido. C. Bellamy y G. Child, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Ed. Civitas. Madrid. 1992, pp.522-523, señalan igualmente que es posible imaginarse que una patente o una serie de patentes contribuyan a crear una posición dominante.

De la estrategia comercial de *Bayer*, la **Comisión** dedujo la existencia de un acuerdo implícito entre la empresa y los mayoristas para prohibir las exportaciones. En opinión de la Comisión, la nueva política de suministros de *Bayer* constituía una amenaza permanente de reducción de volúmenes para los mayoristas (49), que se avenían a terminar con las exportaciones para garantizar la continuidad de la distribución (52). Estas conclusiones se basan en el interés de *Bayer* por identificar a los mayoristas dedicados a la exportación, en la reducción de los volúmenes de suministros, y en que los mayoristas mantuvieron sus relaciones comerciales con *Bayer* reduciendo de hecho sus niveles de exportación (51). Así, la estrategia de *Bayer* implica el desarrollo de acuerdos anticompetitivos, contrarios al artículo 81.1 TCE.

Una asociación alemana de importadores de medicamentos, la *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure e.V* (BAI), respaldó la posición de la Comisión en el procedimiento ante el TJPI, insistiendo en la necesidad de que los mayoristas, dada su posición y función en el mercado, cuenten con existencias de los medicamentos para poder suministrar con celeridad los pedidos de las farmacias (60).

Si alguna vez fue tomada en consideración, la Comisión descartó calificar la conducta en el marco del abuso de posición de dominio entendido como la posición de fuerza económica que permite impedir la competencia efectiva en el mercado relevante, comportándose en una medida apreciable de modo independiente de sus competidores y clientes, y, en definitiva, de los consumidores<sup>13</sup>. La ausencia de elementos formales de acuerdo entre *Bayer* y los mayoristas, la dificultad de acreditar la existencia implícita de tal acuerdo, e incluso el propio planteamiento de la Comisión al señalar que el interés de los mayoristas en el “acuerdo” residía en “evitar restricciones de los suministros”, podrían haber dirigido la calificación de la práctica en cuestión hacia el artículo 82 TCE.

En cuanto a las repercusiones de los sistemas nacionales de control de precios de los medicamentos sobre el mercado comunitario, la Comisión manifestó su convicción de que el fomento de las importaciones paralelas propiciaría la armonización de los precios de los medicamentos en los Estados miembros (59), y recordó que carece de autoridad

---

<sup>13</sup> Asunto 322/81 *Michelin c. Comisión*, ECR (1983) p.3461.

para interferir en la existencia y configuración de estos sistemas, a salvo de la presencia en los mismos de discriminaciones que afecten a la libre circulación de mercancías (56).

La **demandante**, *Bayer*, comienza señalando sin mayor acreditación, por lo demás innecesaria dada la calificación de su conducta, que se trata de una empresa fabricante que *no domina el mercado* (30). A continuación, rechaza que en su política de suministros exista, en primer lugar, cualquier condición que obligue a respetar una prohibición de exportaciones (36) y, en segundo lugar, cualquier acuerdo con los mayoristas (38). Su política consiste en el establecimiento unilateral de contingentes (30). Considera, además, que ninguna de las afirmaciones de la Comisión ha sido suficientemente acreditada e incluso llega a indicar que, en todo caso, una política de suministros como la adoptada sólo podría estar incluida en el artículo 82 TCE (40).

Por otra parte, *Bayer* incidió en la alteración de la competencia provocada por las regulaciones nacionales de los precios, censurando la “falsedad” de la situación competitiva que provoca la libre circulación de los productos farmacéuticos y discutiendo la afirmación de la Comisión según la cual las importaciones paralelas conducirán a la armonización de los precios de los medicamentos (45).

La *European Federation of Pharmaceutical Industries’ Associations* (EFPIA), asociación profesional europea que representa los intereses de dieciséis asociaciones profesionales nacionales del sector de los medicamentos, suscribió las alegaciones de *Bayer* (47).

Cuando *Bayer* recurrió la decisión, el TJPI decidió autorizar la continuación de las prácticas sancionadas durante el proceso atendiendo a la situación competitiva de *Bayer*, quien “no determina por sí misma los precios aplicados en los países de exportación”, y a la, a primera vista, inexistencia de prácticas concertadas<sup>14</sup>.

## B. EL CASO DE *GLAXO WELLCOME*

---

<sup>14</sup> El Presidente del TJPI adoptó el 3 de junio de 1996 el auto por el que se concedió la suspensión de la ejecución del artículo 2 de la decisión, relativo a la obligada notificación a los mayoristas de no prohibición ni sanción de las exportaciones. T-41/96 Rec. (1996) pp.II-383-40.

El caso de *Glaxo Wellcome* sigue sujeto a la investigación de la Comisión en atención a las solicitudes, en primer lugar, de declaración negativa del artículo 81.1 y subsidiariamente, de exención en base al artículo 81.3 TCE.

Hay que tener en cuenta que el **Tribunal de Defensa de la Competencia español** (TDC), que interrumpió el procedimiento principal que se seguía ante su jurisdicción hasta conocer las intenciones de la Comisión europea, ya había adoptado medidas cautelares con vistas a la suspensión del sistema de doble precio y a garantizar el suministro de los pedidos *hasta un máximo de la media mensual suministrada a cada distribuidor* y en los plazos de entrega que tuviesen pactados<sup>15</sup>. El TDC apreció la apariencia de buen derecho - *fumus boni iuris* -, esto es, la presunta infracción del Derecho de la competencia, y de riesgo de ineficacia de la resolución final si no se procedía a la adopción de medidas - *periculum in mora* -. Resulta de interés destacar que, con las medidas cautelares adoptadas, el TDC pretende garantizar para cada distribuidor al menos el *volumen habitual* de suministro, lo que no deja de presentar similitudes con la política puesta en práctica por *Bayer*.

A pesar de la falta de información más concreta en este momento, la valoración inicial de la conducta por el TDC y la propia solicitud de exención presentada por *Glaxo*, llevan a presumir la opinión de la **Comisión** en el sentido de que el nuevo sistema de precios dificulta, si no imposibilita, las exportaciones de España a otros miembros de la Unión<sup>16</sup>.

A esta conclusión se llega también si se considera la proximidad de la estrategia comercial de *Glaxo* con la que en su día desarrollara *Sandoz*. Esta empresa fue sancionada por infracción del artículo 85.1 TCE<sup>17</sup> por considerarse probada la existencia de un acuerdo implícito con sus clientes para suprimir las exportaciones.

---

<sup>15</sup> Resolución TDC Expte. MC 29/98, de 16 de octubre, *Glaxo 1*, y Expte. MC 30/99, *Glaxo 2*, de 19 de julio, por el que se adoptaron las mismas medidas cautelares por un nuevo plazo de seis meses. La cursiva es mía.

<sup>16</sup> Cabe destacar que a 18 de mayo de 1998, esto es, poco más de un mes después de haber vencido el plazo de aceptación de las condiciones generales de contratación, 75 distribuidores, que representan el 83.14% de los destinatarios de la oferta y el 92.48% de la cuota de mercado, las habían suscrito. F. Díez Estella, "Los precios discriminatorios como defensa frente a las importaciones paralelas de productos farmacéuticos en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*. Núm. 180, año XVI. Enero 2000, pp.66-67.

<sup>17</sup> Decisión 87/409, de 13 de julio de 1987, *DOCE* (1987) L 222/28.

Aunque los acuerdos concluidos por *Glaxo* son expresos y en ningún momento incluyen una prohibición de exportar, afectan al comercio interestatal. En el caso *Sandoz*, la prohibición de exportaciones no sólo aparecía reiteradamente en los documentos relativos a todas las transacciones, sino que formaba parte de las negociaciones de la empresa antes de autorizar que un nuevo cliente comercializara sus productos y el comportamiento real de éstos reflejaba el respeto *de facto* y sin discusión de tal prohibición, con lo que se acreditaba su aquiescencia tácita<sup>18</sup>. En el caso de *Glaxo* la determinación de la existencia de acuerdo es indiscutible en tanto se exigía la conformidad por escrito de los mayoristas y dentro de un plazo para continuar, e iniciar, las relaciones comerciales.

La intervención administrativa sobre los precios de los medicamentos no parece que vaya a constituirse en el factor que determine la inexistencia de efectos anticompetitivos sobre el mercado. En el mercado de las bebidas alcohólicas, la Comisión ya sancionó, con confirmación del TJCE<sup>19</sup>, un sistema que incluye acuerdos de precios en función del destino de las mercancías que la empresa justificaba en base a la falta de libertad para fijar los precios en el país de exportación<sup>20</sup>. Incluso en el sector farmacéutico, en 1995 la Comisión resolvió informalmente el asunto *Organon* obligando a eliminar las diferencias en las condiciones económicas aplicables a los productos en función de su destino: consumo interno o exportación<sup>21</sup>.

En cuanto a la posibilidad de que se autorice la práctica anticompetitiva en base al artículo 81.3 TCE todo son especulaciones. En muchas ocasiones la doctrina ha visto en el artículo 81.3 la salida a la situación provocada por intervención administrativa sobre los precios de los medicamentos en los Estados miembros<sup>22</sup>. Sin embargo, es ésta la

---

<sup>18</sup> Asunto C-227/87 *Sandoz prodotti farmaceutici c. Comisión*, Rec. (1990) pp. I-45.

<sup>19</sup> Asunto C-30/78 *Distillers c. Comisión*, Selección Rec. (1980) pp.II-689-699. Aunque en este caso la empresa intentó obtener una exención en base al artículo 85.3, la falta de la oportuna notificación de las condiciones de precios, hizo que no pudiera acogerse a la excepción.

<sup>20</sup> Decisión 78/163, *DOCE* (1978) L 50/16.

<sup>21</sup> M. Araujo Boyd, "Libre circulación de mercancías y productos farmacéuticos. La batalla interminable". *Gaceta Jurídica*. núm. 201. 1999, p.63.

<sup>22</sup> A. Martínez Sánchez, "El injustificado comercio paralelo de medicamentos de precio intervenido". *Gaceta Jurídica*. núm. 201. 1999, pp.84-85. C. Otero García-Castrillón "La circulación intracomunitaria de los productos farmacéuticos con especial referencia a los procedentes de España y Portugal". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 1997, pp.257-258.

primera vez que se plantea un caso concreto en el sector farmacéutico<sup>23</sup>. A diferencia de *Glaxo*, *Sandoz* no notificó la existencia de acuerdos ni solicitó exención alguna a la Comisión quien, sin embargo, en su la decisión sancionadora señaló que, de haberse notificado “*no es probable* que hubiese obtenido la exención”.

La política general de la Comisión para conceder exenciones respecto de prácticas anticompetitivas en el ámbito de la distribución exige que, bien se permita el desarrollo de nuevos mercados, bien se asegure una mayor regularidad en el suministro, o bien se preste un mejor servicio al consumidor. Estas ventajas bajo ningún concepto deben constituir un impedimento absoluto a la libre circulación de mercancías. En este sentido, y así lo ha confirmado el TJCE, las medidas tomadas para restringir o evitar el comercio paralelo no dan lugar, en líneas generales, a la exención bajo el artículo 81.3 TCE. Lo mismo ocurre, además, con los acuerdos adoptados para restringir la competencia en los precios.

Ante el TDC *Glaxo* defendió su estrategia comercial señalando, en primer lugar, la inexistencia de discriminación de precios dado que sólo uno de los precios, el de exportación, es fijado por ella misma en base a criterios objetivos, siendo el otro precio fijado por la administración nacional. En segundo lugar, *Glaxo* defiende que las nuevas condiciones de venta no prohíben ni impiden el comercio paralelo. Alegaciones similares fueron presentadas, sin mayor éxito, en el asunto *Distillers* ....

#### IV. LA RESOLUCIÓN DEL TJPI EN EL ASUNTO *BAYER* Y ASPECTOS DE INTERÉS PARA EL CASO DE *GLAXO WELLCOME*

El principal campo de batalla del recurso presentado por *Bayer* contra la decisión de la Comisión gira en torno a la noción de acuerdo o práctica concertada y sus elementos en los términos del artículo 81.1 TCE. Con independencia del interés clarificador de

---

<sup>23</sup> Sí ha ocurrido, por ejemplo, con carácter general en el sector de los automóviles, en el que la Comisión ha declarado la legalidad de ciertos acuerdos restrictivos del comercio paralelo en base a los efectos, directos e indirectos, que las medidas fiscales adoptadas por los Estados miembros pueden tener sobre los precios; Reglamento 1475/95 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y postventa de vehículos automóviles, *DOCE* (1995) L145/25. No obstante, y aunque seguirá aplicándose hasta septiembre del año 2002, el Informe sobre la evaluación de la aplicación del Reglamento, COM (2000) 743 final, constata

conceptos, el TJPI basa su decisión en la absoluta falta de pruebas con la que la Comisión defiende la calificación como práctica concertada de la estrategia comercial desarrollada por *Bayer*.

Este planteamiento, propiciado por los propios litigantes, permite al TJPI obviar debates más complejos económica y políticamente sobre la situación competitiva en el “mercado interior” de productos farmacéuticos. Aunque tanto *Bayer* como la Comisión se refirieron a la intervención de las administraciones nacionales sobre los precios, el TJPI no es, en principio y a salvo de supuestos de discriminación, la sede para enfrentarse con este delicado asunto. El TJCE, ya señaló que estas distorsiones “deben remediarse a través de medidas adoptadas por las autoridades comunitarias”<sup>24</sup>. No obstante, cabe preguntarse si esta cuestión podría haber sido eludida de haberse planteado el asunto como un abuso de posición dominante, e incluso en qué medida la cuestión no ha sido indirectamente contemplada en alguna medida a lo largo de la sentencia.

Por lo demás, y sin, congruentemente, considerar la eventual existencia de una situación de dominio que jamás fue esgrimida, el TJPI concluye que la reducción unilateral del volumen de suministros de Adalat queda dentro del legítimo ejercicio de la libertad empresarial (176).

#### A. LA NOCIÓN DE ACUERDO Y LA DETERMINACIÓN DEL CONCURSO DE VOLUNTADES

La demandante esgrimió la ausencia formal de acuerdo e incluso la falta de voluntad de que tal acuerdo existiese, no sólo por parte de la empresa - que desarrolló una estrategia comercial consiste en una política *unilateral* de suministro limitado -, sino por parte de los propios mayoristas - que con su comportamiento mostraron oponerse al nuevo régimen de abastecimiento -. La Comisión, por su parte, insistió en que el acuerdo existía en tanto los mayoristas se *avinieron* a impedir o limitar las importaciones paralelas pues redujeron progresivamente el volumen de sus solicitudes hasta alcanzar niveles que *Bayer* podía interpretar como respuestas favorables a la limitación del

---

que no se han conseguido parte de los objetivos perseguidos puesto que los consumidores no se han beneficiado adecuadamente de la creación del mercado único.

abastecimiento a sus respectivos mercados nacionales. En este sentido resulta irrelevante que la motivación de los mayoristas, pretendiendo tan sólo “evitar las restricciones de suministros”, fuera diferente a la de *Bayer*.

*i) consideraciones generales*

El Tribunal, tras recordar que el artículo 81.1 refiere su prohibición “exclusivamente a los comportamientos coordinados bilateral o multilateralmente, en forma de acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas” (64) y que para que exista acuerdo “basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado”, desarrolla su argumentación sobre los modos de expresión de dicha voluntad común. En este sentido, recuerda que la forma de manifestar el concurso de voluntades “carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades” (69). Así las medidas adoptadas o impuestas de manera aparentemente unilateral por el fabricante en el marco de las relaciones continuas que mantiene con sus distribuidores pueden considerarse constitutivas de un acuerdo cuando “cuentan sin embargo con la aquiescencia, al menos tácita, de estos últimos” (71). Es, por lo tanto, necesario proceder al análisis de las respectivas voluntades de las partes y de su eventual concierto.

A falta de una manifestación expresa y terminante de la voluntad de actuar de forma concertada, la carga de la prueba de esta aquiescencia corresponde, necesariamente, a la Comisión (72), que habrá de atender tanto a los documentos como al comportamiento real de las partes en el desarrollo de sus relaciones. De ahí que el TJPI estructure su discurso sobre el análisis de las voluntades respectivas de *Bayer* y sus mayoristas en España y Francia en la doble dimensión formal y material. En opinión del TJPI, la Comisión no acreditó la existencia de acuerdo alguno, habiendo interpretado equivocadamente las voluntades respectivas de *Bayer* y de sus mayoristas.

*ii) la voluntad de Bayer*

El TJPI inicia la determinación de la voluntad de *Bayer* a través del análisis de los documentos para continuar después con el estudio de su conducta en la puesta en

---

<sup>24</sup> *Merck c. Primecrown, loc. cit.* núm. 47, p.14.

práctica de su nueva política de suministros. Los documentos analizados, concluye, no recogen indicios de que “*Bayer* quisiera prohibir las exportaciones o controlar las cantidades realmente exportadas por cada uno de los mayoristas examinados y así reaccionar en consecuencia”(88). Sin embargo estos documentos si prueban, como la propia demandante reconoció, que “el grupo *Bayer* tuvo interés en identificar a los mayoristas que tenían intención de exportar. No obstante, al no existir en dichos documentos ninguna referencia a una voluntad de controlar el comportamiento de cada mayorista y sancionarlo si resultaba que había exportado los productos suministrados, la Comisión no puede basarse en ellos para fundar su tesis”(105).

El comportamiento de *Bayer* con cada uno de los mayoristas franceses y españoles no aporta pruebas, incluidos documentos, de que el suministro a los mayoristas se condicione al destino final que éstos decidan para el producto. La acreditada reducción de las cantidades suministradas a *CERP Lorraine* sobre pedidos cuyos volúmenes habían sido aumentados significativamente en los meses precedentes, no prueba nada sobre el suministro condicionado o las exportaciones (92), al igual que ocurre con el mayorista francés *OCP* (93) y con los españoles *HEFAME* (96), *COFARES* (98), con quien *Bayer* discutió el alcance de las necesidades del mercado nacional, y *HUFASA* (100). El suministro se hacía en función de valores o umbrales previamente establecidos tomando como base las necesidades históricas (101), si bien el retraso en la puesta en práctica de la nueva política provocó que, en el caso de *CERP Lorraine* significativamente, la reducción de los suministros no se produjera hasta un momento posterior (102).

Ante la tesitura de falta de control de destino de los productos y de inexistencia de sanciones, o amenazas de sanciones, “la percepción subjetiva de la situación por los mayoristas no puede modificar las conclusiones”(106). Pues, “el conocimiento por los mayoristas de la *voluntad* de la demandante *de impedir las importaciones paralelas* no puede demostrar la existencia de la relación entre la restricción de suministros y el comportamiento de los mayoristas en materia de exportación”(108). Esto es, la voluntad de impedir las importaciones paralelas no puede confundirse con la voluntad de acordar con los mayoristas su prohibición o reducción.

Así, el TJPI establece que la Comisión cometió un error de hecho en la determinación de la voluntad de *Bayer*, quien no quiso concluir, si quiera tácitamente, un acuerdo con los mayoristas. Si bien la conclusión de la ausencia de voluntad por parte de *Bayer* podría considerarse suficiente para afirmar la falta de acuerdo, el TJPI decide investigar también la voluntad de los mayoristas.

*iii) la voluntad de los mayoristas*

El TJPI considera que para la determinación de la voluntad de los mayoristas hay que analizar si se produjo o no una adhesión intencionada a la política unilateral de *Bayer*. Si la respuesta fuera positiva, se plantearía una situación aparentemente compleja en tanto la falta de voluntad de concertar un acuerdo por parte de *Bayer* ya ha sido establecida. La sólo voluntad de una de las partes no puede dar lugar a un acuerdo, pues decir otra cosa sería una contradicción *in terminis* y el propio TJPI reconoce el carácter sustancial del elemento subjetivo. En este sentido resulta además llamativo que al iniciar la determinación de la voluntad de los mayoristas, el propio TJPI, insiste en recordar que *Bayer* no intentó obtener acuerdo alguno (121). Si, desde este punto de vista, el acuerdo no puede considerarse existente, la “adhesión” de los mayoristas a la política unilateral de *Bayer* daría lugar a una situación de hecho idéntica a la que se produciría en el caso de que el concurso de voluntades existiera. Este tipo de adhesión no podría calificarse más que en el marco del abuso de posición dominante.

En cualquier caso, y afortunadamente, el TJPI, tras destacar la ausencia de pruebas documentales (123) y procediendo a estudiar particularmente el comportamiento de cada mayorista, observó: 1. que ni los franceses (*CERP Lorraine* y *OCP -127 y128-*) ni los españoles (*COFARES -132-*) adaptaron sus pedidos a la nueva política de suministros; 2. que no vieron afectada su libertad exportadora (*COFARES -141-*) y, de hecho, siguieron exportando (*CERP Lorraine* y *OCP -127-* y *COFARES -138-*); y 3. que su comportamiento no reflejó en ningún momento su aquiescencia con la nueva política de *Bayer* (*HEFAME -143-* y empresas españolas del grupo *CERP -144-*). Es más, la búsqueda de nuevas fuentes de suministro muestra la disconformidad de los mayoristas con el volumen de suministros recibido (155).

En cualquier caso, el TJPI descarta absolutamente que el mantenimiento de las relaciones comerciales constituya prueba bastante de la existencia de un acuerdo (173), pues ésto supondría eliminar el esencial ingrediente subjetivo de la concordancia de voluntades.

## B. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

A pesar de que ni la decisión recurrida ni el recurso plantéen en ningún momento cuestiones relativas al abuso de posición dominante, su presencia late en diferentes puntos de la sentencia.

### *i) consideraciones generales sobre el abuso de posición dominante*

Para la determinación de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio, esto es, aquellas que reducen la competencia efectiva en el mercado, ha de procederse necesariamente a constatar la posición de dominio. El ejercicio abusivo de la misma es una cuestión de hecho y grado, en la que se tienen en cuenta diversas consideraciones, como la intención, la conducta habitual de la industria, el grado de dominio del mercado, el grado de restricción de la competencia o deslealtad de la conducta y la proporcionalidad<sup>25</sup>.

La posición de dominio se produce cuando la empresa tiene poder de mercado e independencia de comportamiento; esto es, que puede influir, notable y previsiblemente, y actuar en el mercado al margen de las leyes de la oferta y la demanda. Con el fin de determinar su existencia, en primer lugar, hay que definir el mercado relevante del producto, a continuación hay que determinar la cuota de mercado de la empresa para después demostrar la falta de probabilidad de que competidores reales o potenciales erosionen su posición en el mercado; y, finalmente, debe comprobarse que la posición de dominio existe en el mercado comunitario o en una parte sustancial del mismo.

La sentencia que nos ocupa reproduce sumariamente las consideraciones de la Comisión en los aspectos que inciden sobre la determinación de la posición de *Bayer* en el

mercado de los medicamentos denominados “calcioantagonistas”. En todo caso, en tanto la acción se plantea como una infracción del artículo 81.1 TCE que afecta a la distribución de un medicamento concreto, ninguno de los aspectos son analizados en detalle ni, por supuesto, discutidos en ningún momento por *Bayer*. De ahí que, las reflexiones que se plantearán respecto de la sentencia, queden en el terreno de la teoría general y de la especulación.

La estrategia comercial analizada se centra en *mercados geográficos* nacionales, siendo relevante el Reino Unido y pertinentes secundarios Francia y España (25), del *producto* que tenga usos terapéuticos idénticos a los de *Adalat* (24). La consideración de los mercados nacionales obedece a que la autorización de comercialización de los medicamentos era, en la época en la que se produjeron los hechos, competencia exclusiva de los Estados miembros y a que la venta de los medicamentos está influenciada por políticas administrativas (23).

Las *cuotas de mercado* de *Bayer* con *Adalat* para la insuficiencia coronaria y la hipertensión son en Francia el 5.1 y 4.1, en España el 7.4 y 8.7, en el Reino Unido el 19.6 y 16.6, y en en conjunto de la Comunidad (de doce) 7.6 y 5.8 respectivamente (26). Nada se señala sobre la evolución de las cuotas ni sobre el grado de competencia existente en el mercado de *Adalat* en cada Estado miembro. No obstante, y a pesar de que con estas cuotas, sólo circunstancias excepcionales u otros factores podrían constatar una posición dominante en el mercado de los medicamentos “calcioantagonistas”, la cuestión es que el análisis sobre la posición de *Bayer* en el mercado de los productos farmacéuticos, particularmente el relativo a *Adalat*, podría resultar insuficiente a los efectos de la determinación de una posición de dominio. Hay que recordar que la cuota de mercado no es el único elemento que informa sobre el poder de mercado y la independencia de comportamiento de una empresa, cuestiones que deben investigarse analizando un conjunto de factores<sup>26</sup>.

*ii) el abuso de posición dominante en la sentencia*

---

<sup>25</sup> C. Bellamy y G. Child, *op. cit.* pp.530-531.

<sup>26</sup> Sobre el abuso de posición dominante, *vid.* A. Pascual Sequeros, “Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de abuso de posición dominante”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Núm. 209. Septiembre/Octubre 2000, pp.93-106.

Son varios los momentos en los que consideraciones sobre el abuso de posición dominante se traslucen en la sentencia. En primer lugar, al comenzar sus alegaciones, la propia *Bayer* se preocupa por señalar que no se trata de una empresa fabricante en posición de dominio en el mercado.

En la determinación de la voluntad de concertación de *Bayer*, el TJPI rechaza los términos de “exigencia” e “imposición” utilizados por la Comisión para señalar la voluntad de esta empresa de dictar las normas que estableciesen los términos de sus relaciones comerciales con los mayoristas en cuanto al destino final de los productos (108 y 109). Si estos términos hubieran sido aceptados, se hubiese acreditado, cuando menos, la voluntad concordataria de *Bayer*, y, entonces, para afirmar la existencia de acuerdo la determinación de la voluntad de los mayoristas hubiera resultado imprescindible. De no existir esta última, y en el caso de que la posición en el mercado de *Bayer* fuera dominante, la conducta podría eventualmente ser considerada como abusiva.

Como se ha observado, la determinación del TJPI de la voluntad de los mayoristas una vez acreditada la ausencia de voluntad de acuerdo de *Bayer*, constituye otro momento en el que surge la reflexión sobre el abuso de posición de dominio, dado que para afirmar la falta de acuerdo basta con constatar la falta de compromiso de una de las partes. Que este celo investigador se explique por haber reconocido *Bayer* su *objetivo* de evitar las importaciones paralelas, no justifica que el TJPI introduzca, junto con otros, argumentos que tienen más que ver con el ejercicio de la “fuerza” sobre los mayoristas, por lo tanto próximos al abuso de posición de dominio, que con el sentido de la voluntad de éstos.

Así, estando establecida la falta de voluntad de acuerdo de *Bayer*, el TJPI comienza esta indagación recordando que la Comisión no ha probado la existencia de una política sistemática de vigilancia de destino de los productos ni de la exigencia de comportamiento alguno en este sentido, como tampoco ha acreditado la presencia de amenazas y sanciones a los mayoristas exportadores (119 y 120). Si, como en el caso que nos ocupa, la voluntad de acuerdo está ausente y se pusieran en práctica conductas como las descritas por la Comisión, el estudio sobre su incidencia sobre la competencia

habría de localizarse necesariamente en el ámbito del abuso de posición dominante del artículo 82.

Por lo demás, el TJPI, dadas las circunstancias del caso, no presta la menor atención a la “justificación objetiva” para la reducción de suministro con la que *Bayer* explicó inicialmente su conducta ante los mayoristas. En línea con las exigencias de la jurisprudencia comunitaria para que las negativas de suministro por empresas en posición de dominio no sean consideradas como abusivas, *Bayer* adujo “agotamiento de existencias” (30 y 92). Una vez que la Comisión calificó la conducta como práctica concertada bajo la égida del artículo 85.1, y tras haberse autocalificado como empresa no dominante en el mercado, *Bayer* esgrimió que “...hasta este momento, no se discute que la negativa parcial o total de suministro constituye un acto unilateral que no puede entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado” (40) y no tuvo reparo en indicar que el agotamiento de las existencias aducido para reducir el suministro fue una mera excusa (30).

Por otra parte, la Comisión planteó una confusa interpretación de la jurisprudencia comunitaria en la que combinaba elementos del abuso de posición dominante del artículo 82 y los acuerdos colusorios del artículo 81. Esta confusión, ya advertida por *Bayer* (38 -“la tesis de la Comisión equivale a decir que el requisito de la existencia de un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85 del Tratado se cumple aun cuando el autor del pedido modifique sólo en apariencia su conducta y su comportamiento real pruebe de forma totalmente clara que, precisamente, no quiere celebrar el supuesto acuerdo”- y 41), es constatada por el TJPI, quien señala que “el objetivo (del artículo 81.1 TCE) no es “eliminar” de manera absolutamente general los obstáculos al comercio intracomunitario, sino que es más limitado, puesto que sólo prohíbe los obstáculos a la competencia creados por una voluntad conjunta entre al menos dos partes” (174).

En este sentido el Tribunal insiste en que “el artículo 86 del Tratado puede resultar aplicable a dicho comportamiento unilateral, si cumple los requisitos que en él se exigen para su aplicación” (175) y recuerda que “incluso una empresa que ocupa una posición

dominante puede, en determinados casos, negarse a vender o cambiar su política de suministros o de abastecimiento sin incurrir en la prohibición del artículo 86” (180).

## V. SOBRE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PRODUCTOS FARMACEÚTICOS Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA; LECCIONES DEL ASUNTO *BAYER PARA GLAXO WELCOME*

Hay que recordar que las importaciones paralelas no son un mal en si mismas, más bien todo lo contrario, son el verdadero instrumento de la libre circulación de mercancías. El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial es otro de los instrumentos imprescindibles para la consecución de un mercado interior de los productos protegidos por estos derechos. En el sector farmacéutico el aspecto polémico reside en la ausencia de las condiciones económicas necesarias para establecer un verdadero mercado, esto es, un mercado *libre*. El especial interés público de algunos productos, entre los que no sólo se encuentran los medicamentos<sup>27</sup>, no puede provocar el cierre de los mercados e impedir la creación de un mercado único (prohibir importaciones paralelas u oponerse al agotamiento), pero, al menos en principio, tampoco puede pretenderse que la situación competitiva en estos sectores sea idéntica a la de productos que carecen de esas connotaciones.

Sin embargo, *Bayer* demuestra ser capaz de superar las dificultades económicas que le plantean las importaciones paralelas sin infringir las normas del mercado y sin solicitar ningún tipo de tratamiento especial (exenciones) en base al peculiar sistema de precios del sector. Por el contrario, *Glaxo* busca la obtener de la Comisión una autorización de su práctica - concertada con los mayoristas - claramente contraria a las normas sobre defensa de la competencia tanto nacionales como comunitarias. En principio, podría quizá contemplarse que la Comisión accediera a la solicitud de exención presentada por *Glaxo*, pero, tras la declaración de conformidad por el TJPI de la estrategia de *Bayer*, una respuesta favorable para *Glaxo* parece alejarse en la medida en que es posible la persecución de las importaciones paralelas a través de estrategias comerciales conformes con el Derecho de la competencia.

---

<sup>27</sup> Por ejemplo, en el sector eléctrico, *vid.* L. Moreno Blesa, “La liberalización del sector eléctrico en la Comunidad Europea: el caso *Rendo* y su proyección en España”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. vol. I núm 2. 1997, pp.597-622.

La diferencia entre la estrategia de *Bayer* y la de *Glaxo* es que, mientras *Bayer* admitió el riesgo de que las exportaciones pudieran seguir produciéndose a pesar de su nueva política de suministros, *Glaxo* intentó asegurar tanto la consecución de su objetivo que, no sólo puso en práctica una clara política de acuerdos restrictivos de la competencia, sino que se avenía a excluir del mercado a aquellos mayoristas que no aceptasen sus condiciones. Resulta evidente que la estrategia más arriesgada resultó la más rentable.

Sin ocultar sus pretensiones, *Bayer* se mantuvo siempre en el límite (dentro) de la legalidad. Por el contrario, *Glaxo* optó por una estrategia claramente infractora del Derecho de la competencia. *Glaxo* debía tener mucha confianza en la simpatía que despierta la situación anticompetitiva que sufren las industrias farmacéuticas ante los diferentes regímenes nacionales de fijación de precios, así como en la consiguiente posibilidad de obtener exenciones. Sin embargo, mientras que *Bayer* consiguió la suspensión de la decisión de la Comisión por el TJPI, *Glaxo* está sometida desde el primer momento a medidas cautelares que le impiden la puesta en práctica de su estrategia para eliminar las importaciones paralelas.

Por lo demás, dada la calificación de la conducta adoptada por la Comisión, *Bayer* descartó pronto cualquier preocupación sobre su posición, eventualmente dominante, en el mercado, y, por lo tanto, sobre el posible carácter abusivo de su estrategia comercial. Esta cuestión no fue planteada directamente en el caso y el Tribunal destacó que se trata de la única vía para perseguir las conductas unilaterales. Fuera de esta posibilidad, la estrategia desarrollada es perfectamente conforme con las normas de la competencia comunitarias. Como señalara la propia *Bayer*, el “Tratado actual, ..., a pesar de tener por objeto el establecimiento de un mercado interior, no llega al extremo de prohibir, a través de las disposiciones relativas a la competencia, un comportamiento unilateral cuando no existe una posición dominante por el mero hecho de que dicho comportamiento tenga por objeto impedir las importaciones paralelas” (41).

La esperada resolución en el asunto *Bayer* es muy bienvenida. La sentencia es clara y sencilla, significando las diferencias entre las estrategias empresariales concertadas y las unilaterales y sus respectiva cobertura normativa por el Derecho de la competencia.

Las primeras precisan, por definición, el concierto de voluntades que no puede inferirse existente si una de las partes se ve “forzada a asumir” las condiciones que se le imponen. En tales casos, no hay acuerdo sino decisión unilateral de la otra parte. Cosa distinta ocurre cuando la asunción de las condiciones conlleva la aquiescencia, generalmente implícita, cuya determinación puede presentar problemas de prueba.

Las conductas unilaterales como la de *Bayer* no están contempladas en el artículo 81 de TCE por lo que su sanción sólo es posible en el seno del artículo 82, de manera que, si la empresa no se encuentra en una posición de dominio en el mercado, la estrategia empresarial no será perseguible por el Derecho de la competencia comunitario. En caso de que la posición de dominio exista, habrá que valorar si la estrategia en cuestión constituye o no un ejercicio abusivo de la misma.