

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)
de 31 de mayo de 2005 *

En el asunto C-53/03,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Epitropi Antagonismou (Grecia), mediante resolución de 22 de enero de 2003, recibida en el Tribunal de Justicia el 5 de febrero de 2003, en el procedimiento entre

Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) y otros,

Panellinios syllogos farmakapothikarion,

Interfarm — A. Agelakos & Sia OE y otros,

K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton y otros, por una parte,

y

GlaxoSmithKline plc,

GlaxoSmithKline AEVE, anteriormente Glaxowellcome AEVE, por otra,

* Lengua de procedimiento: griego.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas y la Sra. R. Silva de Lapuerta, Presidentes de Sala, y los Sres. C. Gulmann (Ponente), R. Schintgen, la Sra. N. Colneric y el Sr. S. von Bahr, Jueces;

Abogado General: Sr. F.G. Jacobs;

Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 18 de mayo de 2004;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) y otros, por los Sres. P. Kaponis y S. Orfanoudakis, dikigoroi;
- en nombre de Panellinios syllogos farmakapothikarion y K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton y otros, por los Sres. L. Roumanias y G. Papaïoannou, dikigoroi y el Sr. W. Rehmann, Rechtsanwalt;
- en nombre de Farmakeftikos Syndesmos Anonymi Emporiki Etairia, por el Sr. D. Chatzinikolis, dikigoros;

- en nombre de Interfarm A. Agelakos & Sia OE y otros, por el Sr. G. Mastorakos, dikigoros;
- en nombre de GlaxoSmithKline plc y GlaxoSmithKline AEVE, por el Sr. D. Kyriakis, dikigoros, el Sr. I. Forrester, QC, y el Sr. A. Schulz, Rechtsanwalt;
- en nombre del Gobierno sueco, por el Sr. A. Kruse, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. T. Christoforou y F. Castillo de la Torre, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 28 de octubre de 2004;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 82 CE.
- 2 Dicha petición se formuló en el marco de un litigio ante el Epitropi Antagonismou (Comisión de Defensa de la Competencia griega), entre los denunciantes, a saber, las asociaciones Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) y otros (en

lo sucesivo, «Syfait y otros») y Panellinios syllogos farmakapothikarion (en lo sucesivo, «PSF»), así como las sociedades Interfarm — A. Agelakos & Sia OE y otros (en lo sucesivo, «Interfarm y otros») y K.P. Marinopoulos Anonymos Etairia emporias kai dianomis farmakeftikon proïonton y otros (en lo sucesivo, «Marinopoulos y otros»), por una parte, y la sociedad británica GlaxoSmithKline plc (en lo sucesivo, «GSK plc») y su filial helénica GlaxoSmithKline AEVE, anteriormente Glaxowellcome AEVE (en lo sucesivo, «GSK AEVE»), por otra, relativo a la negativa de estas dos últimas sociedades a cumplimentar los pedidos de determinados productos farmacéuticos en el mercado helénico.

Marco normativo

Legislación comunitaria

3 El artículo 82 CE dispone:

«Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.»

Normativa nacional

- 4 El artículo 2 de la Ley nº 703/1977, relativa al control de los monopolios y de los oligopolios así como a la protección de la libre competencia (FEK A' 278), en su versión modificada por la Ley nº 2941/2001 (FEK A' 201; en lo sucesivo, «Ley nº 703/1977»), reproduce esencialmente lo dispuesto en el artículo 82 CE.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

- 5 Syfait y otros son varias asociaciones de farmacéuticos que tienen sus domicilios sociales en el territorio helénico. Su actividad principal consiste en la gestión y el mantenimiento de un almacén conjunto de productos farmacéuticos comprados a distintas sociedades farmacéuticas, con el fin de garantizar el abastecimiento de sus miembros.

- 6 PSF es una asociación que agrupa a los comerciantes mayoristas de productos farmacéuticos establecidos en el territorio helénico, que protege los intereses de sus miembros.
- 7 Las sociedades Interfarm y otros son comerciantes mayoristas de productos farmacéuticos establecidos en el territorio helénico. Marinopoulos y otros son varias sociedades de distribución de productos farmacéuticos que operan en Grecia
- 8 GSK AEVE tiene su domicilio social en Grecia y su capital pertenece en su integridad a GSK plc, sociedad que fabrica productos farmacéuticos, con domicilio social en el Reino Unido, surgida de la fusión de las sociedades Glaxowellcome plc y SmithKline Beecham llevada a cabo en el año 2000.
- 9 GSK AEVE importa y distribuye numerosas especialidades farmacéuticas, entre las que se hallan los medicamentos Imigran, Lamictal y Serevent. Estos son varios medicamentos originales, descubiertos por la investigación y la tecnología, que pertenecen a la categoría de los productos para cuya expedición se requiere receta médica.
- 10 Los miembros de Syfait y otros y de PSF, así como las sociedades Interfarm y otros y Marinopoulos y otros, compran a GSK AEVE en particular los referidos medicamentos, en todas sus formas, para distribuirlos a continuación en el mercado nacional así como en el extranjero.
- 11 Hasta el mes de noviembre de 2000, GSK AEVE cumplimentó todos los pedidos que había recibido. Una gran parte de los suministros correspondientes a tales pedidos se reexportó después a otros Estados miembros, en particular al Reino Unido, en razón del precio mucho más reducido que tienen en Grecia los medicamentos Imigran, Lamictal y Serevent.

- 12 A partir de comienzos del mes de noviembre de 2000, GSK AEVE invocó situaciones de grave penuria en el mercado helénico ocasionadas, en su opinión, por la reexportación llevada a cabo por terceros, a fin de modificar su sistema de distribución en Grecia y cesar de atender a los pedidos de los denunciantes en el asunto principal así como a los pedidos de terceras personas. La citada entidad declaró que abastecería directamente a los hospitales y a las farmacias.
- 13 En febrero de 2001, al considerar GSK AEVE que se había normalizado, en cierta medida, el abastecimiento de medicamentos y que se habían restablecido las existencias de los hospitales y de las farmacias, decidió sustituir el método de venta anterior por otro sistema de distribución.
- 14 Los denunciantes en el asunto principal plantearon al Epitepi Antagonismou la cuestión de la comercialización por GSK AEVE de los medicamentos Imigran, Lamictal y Serevent en el mercado helénico, en el marco de los sistemas de distribución que se habían sucedido desde noviembre de 2000. Los denunciantes reprocharon a la citada sociedad el hecho de no haber atendido en su totalidad los pedidos que se le habían cursado. Una actitud de esta índole constituye un abuso de posición dominante a efectos de los artículos 2 de la Ley nº 703/1977 y 82 CE.
- 15 El 3 de agosto de 2001, el Epitepi Antagonismou, mediante resolución nº 193/111, sobre medidas cautelares, obligó a GSK AEVE, con carácter provisional y hasta que se dictara la resolución definitiva, a cumplimentar los pedidos relativos a los tres medicamentos en cuestión. GSK AEVE solicitó al Dioikitiko Efeteio Athinon (Tribunal contencioso-administrativo de apelación de Atenas) que suspendiera la ejecución de dicha resolución, pero esta última fue confirmada el 10 de enero de 2002 y seguía estando en vigor en la fecha en que se dictó la resolución de remisión.
- 16 El Epitepi Antagonismou indica que GSK AEVE se había atendido a las medidas cautelares ordenadas por la resolución nº 193/111, por lo menos en la medida en

que GSK plc había abastecido a la citada entidad. Las cantidades suministradas fueron superiores a las necesidades de consumo del mercado nacional. Las pruebas presentadas por GSK AEEVE al Epitepi Antagonismou ponen de manifiesto, sin embargo, que los pedidos sobrepasaron claramente dicho nivel, en particular en septiembre de 2001, de forma que no todos ellos pudieron ser atendidos.

- 17 En su resolución de remisión, el Epitepi Antagonismou aclara que tanto GSK AEEVE como GSK plc proceden de conformidad con la Circular dictada el 27 de noviembre de 2001 por el Ethnikos Organismos Farmakon (Oficina nacional de productos farmacéuticos), según la cual todas las partes que intervienen en la distribución de medicamentos para cuya expedición se requiera receta médica «deberán abastecer el mercado nacional en unas cantidades por lo menos equivalentes a las establecidas [...] más un determinado porcentaje (25 %) destinado a cubrir las necesidades extraordinarias y las resultantes de un posible cambio en las circunstancias».
- 18 Por otra parte, GSK AEEVE presentó ante el Epitepi Antagonismou, el 5 de diciembre de 2001, una solicitud de declaración negativa, en virtud del artículo 11 de la Ley nº 703/1977, relativa a su negativa a cubrir más del 125 % de las necesidades griegas.
- 19 Como el Epitepi Antagonismou hubo de conocer a la vez de la citada solicitud de declaración negativa de GSK AEEVE y de las denuncias formuladas por Syfait y otros, PSE, Interfarm y otros y Marinopoulos y otros contra GSK AEEVE y GSK plc, pregunta en qué medida la negativa de estas dos últimas sociedades a atender plenamente los pedidos cursados por las denunciante constituyen un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82 CE. De no existir tal abuso, el Epitepi Antagonismou señala que se halla en condiciones de determinar en qué medida se cumplen los requisitos para la concesión de la declaración negativa solicitada por GSK AEEVE.

- 20 En estas circunstancias, el Epitropi Antagonismou decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

- «1) La negativa de una empresa que ocupa una posición dominante a servir en su totalidad los pedidos efectuados por los mayoristas de productos farmacéuticos, ¿constituye en sí misma un comportamiento abusivo en el sentido del artículo 82 CE cuando es debida a la voluntad de restringir la actividad de exportación de dichos mayoristas y de limitar de ese modo 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 productos farmacéuticos de un régimen que no es de competencia estricta y que, en cambio, se caracteriza por un nivel elevado de intervencionismo estatal, dan lugar a que el comercio paralelo sea especialmente lucrativo para los mayoristas? Por último, una autoridad nacional en materia de competencia, ¿está obligada a aplicar las normas comunitarias sobre la competencia del mismo modo a los mercados que funcionan en régimen de competencia y a los mercados en que la competencia está falseada por la intervención del Estado?
- 2) En el supuesto de que el Tribunal de Justicia considere que la restricción del comercio paralelo por los motivos indicados no siempre constituye una práctica abusiva cuando es ejercida por una empresa dominante, ¿cómo debe apreciarse el eventual carácter abusivo?

En particular:

- a) ¿Es posible considerar como criterios apropiados el porcentaje de la superación del consumo nacional normal o el perjuicio que la empresa que ocupa una posición dominante ha sufrido con respecto a su volumen de

negocios total y a su beneficio total? En caso de respuesta afirmativa, ¿de qué modo procede determinar el nivel del porcentaje de superación y el del perjuicio –considerado éste como un porcentaje del volumen de negocios y del total de los beneficios– por encima del cual el comportamiento de que se trate será considerado abusivo?

- b) ¿Debe seguirse un planteamiento basado en una ponderación de intereses y, en caso de respuesta afirmativa, cuáles son los intereses que deben tenerse en cuenta en dicha ponderación?

Más en particular:

- i) ¿Se ve afectada la respuesta por el hecho de que el enfermo-consumidor final obtenga una ventaja económica limitada del comercio paralelo?
- ii) ¿Debe tomarse en consideración el interés de los organismos de seguridad social en medicamentos menos caros y, en caso afirmativo, en qué medida?
- c) ¿Qué otros criterios y qué otros planteamientos pueden considerarse adecuados en el presente asunto?»

Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

- ²¹ Con carácter preliminar, debe comprobarse si el Epitepi Antagonismou es un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE y si, por consiguiente, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre las cuestiones que se le han planteado.

Normativa nacional reguladora del Epitropi Antagonismou

22 El artículo 8, apartado 1, de la Ley nº 703/1977 dispone:

«Se crea un Epitropi Antagonismou que funcionará como un organismo independiente. Sus miembros disfrutarán de independencia personal y operativa y únicamente estarán sujetos, en el ejercicio de sus funciones, a la ley y a su conciencia. El Epitropi Antagonismou tendrá autonomía administrativa y económica. Estará bajo la tutela del Ministro del [...] [Desarrollo].»

23 El Epitropi Antagonismou está integrado por nueve miembros, nombrados según la composición prevista en el artículo 8, apartado 3, de la Ley nº 703/1977. Cuatro de los miembros, así como sus correspondientes suplentes, son elegidos por el Ministro a partir de ternas de candidatos presentadas, respectivamente, por cuatro organizaciones profesionales. Entre los restantes miembros figuran un miembro del Consejo de Estado o cualquier otro alto magistrado, dos universitarios, uno de ellos jurista y el otro economista, así como dos personalidades de reconocida competencia y que tengan la experiencia necesaria en Derecho económico y en materia de política de la competencia. En virtud del artículo 8, apartado 5, de la Ley nº 703/1977, los miembros del Epitropi Antagonismou así como sus suplentes son nombrados por el Ministro del Desarrollo por un período de tres años.

24 A tenor del artículo 8, apartado 6, de la citada Ley:

«El Presidente del Epitropi Antagonismou y su suplente serán nombrados por el Ministro del [Desarrollo], entre los miembros del [Epitropi Antagonismou]. [...] El Presidente del Epitropi Antagonismou habrá de ser un funcionario del Estado; desempeñará dicha función con dedicación exclusiva durante todo el ejercicio de su mandato [...].»

25 Según el artículo 8, apartado 7, de la Ley nº 703/1977:

-

«Mientras dure su mandato, ni el Presidente ni los demás miembros podrán desempeñar ninguna otra función pública ni actividad profesional privada, a título gratuito u oneroso, tanto en el marco de una empresa como al margen de ésta, que sean incompatibles con la condición y los deberes de miembro del Epitropi Antagonismou».

26 Por lo que atañe a las relaciones entre el Epitropi Antagonismou y su Secretaría, el artículo 8 c, apartado 1, letra b), de la mencionada Ley dispone:

«El Presidente coordinará y dirigirá la Secretaría del [Epitropi Antagonismou].»

27 El artículo 8 c, apartado 1, letra d), de la citada Ley establece:

«El Presidente será el superior jerárquico del personal de la Secretaría del Epitropi Antagonismou y ejercerá las facultades disciplinarias sobre éste.»

28 Según el apartado 3 de ese mismo artículo 8 c, el Presidente del Epitropi Antagonismou podrá delegar en el Director General o en los Directores Generales de la Secretaría del Epitropi Antagonismou el ejercicio de una parte de sus atribuciones. El Director General de la Secretaría será nombrado por tres años renovables, mediante resolución del Ministro del Desarrollo, previo dictamen favorable del Epitropi Antagonismou, según se establece en el artículo 8 d, apartado 1, segunda frase, de la Ley nº 703/1977.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 29 Según una reiterada jurisprudencia, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia deberá tener en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (véanse, en particular, las sentencias de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, apartado 23; de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa y otros, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, Rec. p. I-1577, apartado 33; de 30 de noviembre de 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-195/98, Rec. p. I-10497, apartado 24, y de 30 de mayo de 2002, Schmid, C-516/99, Rec. p. I-4573, apartado 34). Además, los órganos jurisdiccionales nacionales sólo pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie si ante ellos está pendiente un litigio y si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional (véanse, en particular, las sentencias de 12 de noviembre de 1998, Victoria Film, C-134/97, Rec. p. I-7023, apartado 14, y Österreichischer Gewerkschaftsbund, antes citada, apartado 25).
- 30 Sobre este particular, conviene señalar, en primer lugar, que el Epitropi Antagonismou se halla bajo la tutela del Ministro del Desarrollo. Pues bien, una tutela de esta índole implica que el citado Ministro se halla facultado, dentro de ciertos límites, para controlar la legalidad de las resoluciones del Epitropi Antagonismou.
- 31 A continuación, si bien es verdad que los miembros del Epitropi Antagonismou disfrutaban de una independencia personal y operativa y únicamente están sujetos, en el ejercicio de sus funciones, a la ley y a su conciencia, en los términos de la Ley nº 703/1977, no es menos cierto que no consta que la revocación o la anulación de su nombramiento estén sujetas a garantías especiales. Pues bien, un sistema de esta índole no parece tener entidad suficiente como para obstaculizar eficazmente las intervenciones o presiones indebidas por parte del poder ejecutivo sobre los miembros del Epitropi Antagonismou (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de febrero de 1999, Köllensperger y Atzwanger, C-103/97, Rec. p. I-551, apartado 21).

- 32 Debe recordarse, además, que, conforme al artículo 8 c, apartado 1, letras b) y d), de la citada Ley, por una parte, el Presidente del referido organismo está encargado de la coordinación y de la orientación general de la Secretaría; por otra parte, es el superior jerárquico del personal de esta misma Secretaría y ejerce las facultades disciplinarias sobre el citado personal.
- 33 Debe señalarse, a este respecto, que el Tribunal de Justicia consideró, en los apartados 39 y 40 de la sentencia *Gabalfrija* y otros, antes citada, que los Tribunales Económico-Administrativos (España) son terceros con respecto a los servicios de la Administración tributaria encargados de la gestión, liquidación y recaudación del IVA, en particular debido a la, separación funcional entre unos y otros. Ahora bien, el *Epitropi Antagonismou*, órgano decisorio, no se distingue con nitidez, como tercero, del organismo estatal que, por su cometido, puede asemejarse a una parte en el marco de un procedimiento en materia de competencia, en la medida en que guarda una relación funcional con su Secretaría, órgano de instrucción a propuesta del cual actúa.
- 34 Finalmente, debe recordarse que un organismo de defensa de la competencia como el *Epitropi Antagonismou* se halla obligado a trabajar en estrecha colaboración con la Comisión de las Comunidades Europeas y puede ser privado de sus atribuciones en virtud de una Decisión de la Comisión, con arreglo al artículo 11, apartado 6, del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO 2003, L 1, p. 1). En este contexto, conviene indicar, por lo demás, que el citado artículo 11, apartado 6, mantiene esencialmente en vigor la norma que figura en el artículo 9, apartado 3, del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), según la cual las autoridades de competencia de los Estados miembros quedarán privadas automáticamente de sus atribuciones cuando la Comisión inicie un procedimiento (véase, en este sentido, el decimoséptimo considerando del Reglamento n° 1/2003).
- 35 Ahora bien, sólo pueden recurrir al Tribunal de Justicia aquellos órganos llamados a pronunciarse sobre un litigio que esté pendiente ante ellos en el marco de un procedimiento que deba concluir con una decisión de carácter jurisdiccional (véanse las sentencias antes citadas, *Victoria Film*, apartado 14, y *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, apartado 25).

- 36 En los supuestos en que la Comisión priva de sus atribuciones a un organismo nacional de defensa de la competencia, como el Epitropi Antagonismou, el procedimiento incoado ante este último organismo no puede concluir con una decisión de carácter jurisdiccional.
- 37 De los datos examinados, considerados en su totalidad, se desprende que el Epitropi Antagonismou no tiene el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE.
- 38 Por lo tanto, el Tribunal de Justicia no es competente para responder a las cuestiones planteadas por el Epitropi Antagonismou.

Costas

- 39 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el Epitropi Antagonismou, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no es competente para responder a las cuestiones planteadas por el Epitropi Antagonismou, mediante resolución de 22 de enero de 2003.

Firmas