

Asunto C-517/23**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

10 de agosto de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

13 de julio de 2023

Parte demandada y recurrente en casación:

Apothekerkammer Nordrhein (Colegio de Farmacéuticos de Renania del Norte)

Parte demandante y recurrida en casación:

DocMorris NV

Objeto del procedimiento principal

Interpretación de la Directiva 2001/83/CE en cuanto a la cuestión de si está comprendida en su ámbito de aplicación la publicidad de los medicamentos sujetos a receta médica de toda la gama de productos de una farmacia

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación del Derecho de la Unión, artículo 267 TFUE; en particular:

Directiva 2001/83/CE 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 2001, L 311, p. 67), en su versión resultante de la Directiva (UE) 2022/642 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de abril de 2022 (en lo sucesivo, «Directiva 2001/83»)

Cuestiones prejudiciales

1) ¿Está comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la publicidad de los medicamentos de la Directiva 2001/83 (títulos VIII y VIII *bis*, artículos 86 a 100) la publicidad dirigida a la adquisición de medicamentos sujetos a receta médica de toda la gama de productos de una farmacia?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

¿Es compatible con las disposiciones del título VIII, y, en particular, con el artículo 87, apartado 3, de la Directiva 2001/83, que una disposición nacional [en el presente asunto, el artículo 7, apartado 1, primera frase, segunda parte, punto 2, primera parte, letra a), de la Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (Ley relativa a la Publicidad en el Sector de la Salud)] se interprete en el sentido de que prohíbe hacer publicidad de toda la gama de medicamentos sujetos a receta médica de una farmacia de venta por correspondencia establecida en otro Estado miembro mediante la entrega de regalos publicitarios en forma de vales por una determinada cantidad de dinero o por un descuento porcentual utilizables en la siguiente adquisición de productos?

3) Asimismo, en caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

¿Es compatible con las disposiciones del título VIII, y, en particular, con el artículo 87, apartado 3, de la Directiva 2001/83, que una disposición nacional [en este caso, el artículo 7, apartado 1, primera frase, segunda parte, punto 2, primera parte, letra a), de la Ley relativa a la publicidad en el sector de la salud] se interprete en el sentido de que permite hacer publicidad de toda la gama de medicamentos sujetos a receta médica de una farmacia de venta por correspondencia establecida en otro Estado miembro mediante la entrega de regalos publicitarios en forma de descuentos y de pagos inmediatamente efectivos?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

TFUE, en particular el artículo 34

Directiva 2001/83, especialmente los títulos VIII y VIII *bis* (artículos 86 a 100) y los artículos 87, apartado 3, y 88, apartado 1, letra a)

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (Ley relativa a la Publicidad en el Sector de la Salud)

Zivilprozessordnung (Ley de Enjuiciamiento Civil)

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 La demandante es una farmacia neerlandesa de venta por correspondencia que suministra medicamentos sujetos y no sujetos a receta médica a clientes finales situados en Alemania, mediante un servicio de venta a distancia.
- 2 La demandada representa a los profesionales farmacéuticos del distrito de Renania del Norte.
- 3 Desde 2012 la demandante hacía publicidad de sus productos mediante diversas acciones de descuento en las que ofrecía a los clientes que adquirían medicamentos sujetos a receta médica ventajas consistentes en un descuento en efectivo, un bono que se canjeaba al comprar otro medicamento, un bono de hotel o un año de suscripción a un club de automovilistas.
- 4 La demandada considera que estas acciones publicitarias infringen el régimen vinculante de precios para los medicamentos sujetos a receta médica, por lo que entre los años 2013 y 2015 obtuvo (por lo que interesa al presente procedimiento de casación) las siguientes cinco medidas cautelares de cesación contra la demandante, cada una de las cuales fue debidamente ejecutada.
- 5 El 8 de mayo de 2013 (asunto 84 O 90/13), el 4 de noviembre de 2014 (asunto 84 O 208/14) y el 26 de septiembre de 2013 (asunto 84 O 220/13), el Landgericht Köln (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Colonia, Alemania) dictó en favor de la demandada sendas medidas cautelares contra la publicidad de la demandante. Estas tres medidas fueron debidamente ejecutadas. Las de 8 de mayo de 2013 y de 4 de noviembre de 2014 fueron anuladas por el Landgericht Köln (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Colonia) mediante sentencias de 22 de marzo de 2017 y de 22 de marzo de 2017, respectivamente.
- 6 El 5 de noviembre de 2013, el Landgericht Köln (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Colonia) dictó en favor de la demandada una medida cautelar (asunto 84 O 256/13), ejecutada el 21 de enero de 2014, contra una publicidad de la demandante en la que se indicaba lo siguiente:

«Envíe ahora su receta. [...] El camino hasta el buzón lamentablemente no se lo podemos evitar, pero para compensar el coste del desplazamiento en autobús o en tren los nuevos clientes recibirán 10 euros que se descontarán inmediatamente del importe de la factura al remitir la receta.»

El descuento por el pedido de medicamentos sujetos a receta médica se concedía para pedidos a partir de 50 euros. Esta medida cautelar fue anulada por el Landgericht Köln (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Colonia) mediante sentencia de 22 de marzo de 2017.
- 7 El 29 de septiembre de 2015, el Landgericht Köln (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Colonia) dictó en favor de la demandada una medida cautelar (asunto 81

O 82/15), ejecutada el 26 de mayo de 2016, contra una publicidad de la demandante en la que se indicaba lo siguiente:

«Bono de 5 euros para su próximo pedido con receta.»

El importe mencionado habría de descontarse directamente del importe de la factura. Esta medida cautelar fue anulada por el Landgericht Köln (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Colonia) mediante sentencia de 21 de marzo de 2017, que ha adquirido firmeza.

- 8 Todas estas anulaciones se debieron al cambio de las circunstancias a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2016, Deutsche Parkinson Vereinigung (C-148/15, EU:C:2016:776).
- 9 Con motivo de la ejecución de algunas de las medidas cautelares se impusieron a la demandante, a instancia de la demandada, elevadas multas coercitivas.
- 10 La demandante reclama una indemnización a la demandada, al considerar que las medidas cautelares carecían de fundamento *ab initio*.
- 11 El Landgericht Köln (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Colonia) desestimó la demanda. En la instancia de apelación la demandante solicitó, en esencia, por un lado, que se condenase a la demandada a pagar a la demandante una indemnización por importe de al menos 18 476 648,12 euros más intereses y, por otro, respecto a otros eventuales perjuicios, que se declarase la obligación de la demandada a indemnizar.
- 12 Con su recurso de casación, la demandada mantiene su pretensión de desestimación total de la demanda.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 13 Con arreglo al artículo 945 de la ZPO (Ley de Enjuiciamiento Civil), la parte que haya obtenido una medida cautelar que careciese de fundamento *ab initio* deberá indemnizar a la parte contraria por el perjuicio causado con la ejecución de dicha medida.
- 14 En aplicación de la legislación alemana en materia de publicidad de los medicamentos (en este caso, el artículo 7, apartado 1, de la Ley relativa a la Publicidad en el Sector de la Salud), tres de las cinco acciones publicitarias prohibidas mediante las medidas cautelares son inadmisibles. Se trata de las acciones publicitarias que fueron objeto de las medidas cautelares de 8 de mayo de 2013 (asunto 84 O 90/13), de 26 de septiembre de 2013 (asunto 84 O 220/13) y de 4 de noviembre de 2014 (asunto 84 O 208/14). Respecto a estas tres medidas no ha lugar a indemnización con arreglo al artículo 945 de la ZPO.

- 15 El tribunal de apelación ha considerado acertadamente que el régimen vinculante de precios para los medicamentos no puede aplicarse en perjuicio de la demandante, ya que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la fijación de precios de venta uniformes grava más a la demandante (una farmacia establecida en un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania) que a las farmacias establecidas en territorio alemán, lo cual podría obstaculizar más el acceso al mercado de los productos procedentes de otros Estados miembros que el de los productos nacionales, de modo que constituye una infracción del artículo 34 TFUE (sentencia de 19 de octubre de 2016, Deutsche Parkinson Vereinigung, C-148/15, EU:C:2016:776, apartados 26 y 27).
- 16 Con arreglo al artículo 7, apartado 1, primera frase, primera parte, de la Ley relativa a la Publicidad en el Sector de la Salud, es inadmisibles ofrecer, anunciar o conceder liberalidades y otros regalos publicitarios (bienes o servicios), o aceptarlos como miembro de círculos profesionales, a menos que concurra alguna de las excepciones establecidas en el artículo 7, apartado 1, primera frase, segunda parte, de dicha Ley. Quedan excluidas de la prohibición, en particular, los detalles de valor insignificante y las liberalidades y regalos publicitarios que se concedan por un importe de dinero determinado o calculado de forma específica. Sin embargo, son inadmisibles las liberalidades y los demás regalos publicitarios por medicamentos si estos se conceden contraviniendo la normativa de precios aplicable, en particular, en virtud de la Arzneimittelgesetz (Ley del Medicamento).
- 17 Los obsequios y vales de que se trata en el presente asunto son regalos publicitarios en el sentido del artículo 7, apartado 1, primera frase, de la Ley relativa a la Publicidad en el Sector de la Salud, y no detalles de valor insignificante. Por otro lado, solo en parte se trata de liberalidades o regalos publicitarios que se concedan por un importe de dinero determinado o calculado de forma específica a efectos del artículo 7, apartado 1, primera frase, segunda parte, punto 2, primera parte, letra a), de dicha Ley y que, por tanto, sean admisibles.
- 18 Las liberalidades y regalos publicitarios que fueron objeto de las medidas cautelares de 5 de noviembre de 2013 (asunto 84 O 256/13) y de 29 de septiembre de 2015 (asunto 81 O 82/15) son admisibles.
- 19 El recurso de casación no tiene posibilidad de prosperar respecto a la apreciación del tribunal de apelación según la cual estas dos medidas cautelares carecían de fundamento *ab initio*.
- 20 En ambos casos se trata de descuentos admitidos por el artículo 7, apartado 1, primera frase, segunda parte, punto 2, primera parte, letra a), de la Ley relativa a la Publicidad en el Sector de la Salud, que reducían directamente el importe facturado por el pedido. Es cierto que infringen el artículo 7, apartado 1, primera frase, segunda parte, punto 2, segunda parte, de la citada Ley, ya que se concedían en contravención del régimen de precios vigente en virtud de la Ley de

Medicamentos. Se trata de medicamentos sujetos a receta médica y, como tales, a un régimen de precios vinculante. Con la concesión de un descuento directo sobre el importe facturado en un pedido se contraviene este régimen de precios vinculante. Sin embargo, el tribunal de apelación declaró fundadamente que no se puede imponer a la demandada la obligación de observar el régimen de precios vinculante.

- 21 El éxito del recurso de casación depende de la interpretación del Derecho de la Unión (en este caso, la Directiva 2001/83). Al aplicar el artículo 7 de la Ley relativa a la Publicidad en el Sector de la Salud se plantean en el presente asunto ciertas cuestiones que procede aclarar.
- 22 Las disposiciones de la Ley relativa a la Publicidad en el Sector de la Salud en materia de publicidad de medicamentos deben interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión en lo que respecta a las disposiciones de la Directiva 2001/83. En el ámbito de aplicación de dicha Directiva se ha llevado a cabo una armonización completa de la publicidad de medicamentos (sentencia de 8 de noviembre de 2007, Gintec, C-374/05, EU:C:2007:654, apartados 20 a 39).

Primera cuestión prejudicial

- 23 Mediante la primera cuestión prejudicial se pretende aclarar si está comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la publicidad de los medicamentos de la Directiva 2001/83 (títulos VIII y VIII *bis*, artículos 86 a 100) la publicidad de que se trata en el presente asunto que está dirigida a la adquisición de medicamentos sujetos a receta médica de toda la gama de productos de una farmacia.
- 24 La publicidad impugnada en el presente asunto se refiere a la adquisición de medicamentos sin concretar dentro de toda la gama de productos, y las acciones ejercitadas por la demandada tenían por objeto la publicidad que se hacía de medicamentos sujetos a receta médica.
- 25 Tal como declaró inicialmente el Tribunal de Justicia, el título VIII de la Directiva 2001/83, que versa sobre la publicidad de los medicamentos, tiene por objeto reglamentar la publicidad de determinados medicamentos (el mensaje publicitario y las modalidades de la publicidad), pero no la publicidad de los servicios de venta en línea de medicamentos ni la de toda la gama de medicamentos sujetos a prescripción médica que esté a la venta en la farmacia de que se trate [sentencias del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 2020, A (Publicidad y de venta de medicamentos en línea), C-649/18, EU:C:2020:764, apartados 49 y 50, y de 15 de julio de 2021, DocMorris, C-190/20, EU:C:2021:609, apartados 20 a 22].
- 26 Más recientemente, el Tribunal de Justicia ha declarado que, con independencia de lo afirmado en los apartados 50 y 20, respectivamente, de las citadas sentencias, el ámbito de aplicación de lo dispuesto en la Directiva 2001/83 no se

limita a la publicidad de un medicamento determinado (sentencia de 22 de diciembre de 2022, EUROAPTIEKA, C-530/20, EU:C:2022:1014, apartado 51).

- 27 De la interpretación literal, sistemática y teleológica del artículo 86, apartado 1, de la Directiva 2001/83 resulta que el concepto de «publicidad de medicamentos», a efectos de dicha disposición, incluye toda forma de oferta informativa, de prospección o de incitación que esté destinada a promover la prescripción, la dispensación, la venta o el consumo de un medicamento determinado o de medicamentos indeterminados (sentencia de 22 de diciembre de 2022, EUROAPTIEKA, C-530/20, EU:C:2022:1014, apartado 47).
- 28 En una publicidad dirigida a la adquisición de medicamentos sujetos a receta médica posiblemente solo deba apreciarse una publicidad referida a los servicios de venta (no comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/83, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), y no una publicidad sobre medicamentos, ya que respecto a dicha publicidad el paciente ya no puede elegir el medicamento (que ya le ha sido recetado), sino solo la farmacia en que lo adquiere.

Segunda cuestión prejudicial

- 29 En el caso de que la publicidad de que aquí se trata, dirigida a la adquisición de medicamentos sujetos a receta médica de toda la gama de productos de una farmacia, esté comprendida en el ámbito de aplicación de las disposiciones de la Directiva 2001/83 relativas a la publicidad, se plantea la segunda cuestión prejudicial.
- 30 Con ella, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si es conforme con las disposiciones del título VIII, y, en particular, con el artículo 87, apartado 3, de la Directiva 2001/83, que una disposición nacional [en este caso, el artículo 7, apartado 1, primera frase, segunda parte, punto 2, primera parte, letra a), de la Ley relativa a la Publicidad en el Sector de la Salud] se interprete en el sentido de que prohíbe hacer publicidad de toda la gama de medicamentos sujetos a receta médica de una farmacia de venta por correspondencia establecida en otro Estado miembro mediante la entrega de regalos publicitarios en forma de vales por una determinada cantidad de dinero o por un descuento porcentual utilizables en la siguiente adquisición de productos.

Compatibilidad con la Directiva 2001/83

- 31 El órgano jurisdiccional remitente considera que tal interpretación es conforme con las mencionadas disposiciones de la Directiva.
- 32 El Tribunal de Justicia ha declarado que los artículos 87, apartado 3, y 90 de la Directiva 2001/83 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una disposición nacional que prohíbe la inclusión, en la publicidad destinada al público de medicamentos no sujetos a receta médica ni reembolsables, de

información que incita a la compra de medicamentos, justificando la necesidad de tal compra por su precio, anunciando una liquidación especial o indicando que dichos medicamentos se venden como un paquete junto con otros medicamentos, incluso a un precio reducido, o con otros productos (sentencia de 22 de diciembre de 2022, EUROAPTIEKA, C-530/20, EU:C:2022:1014, apartado 73).

- 33 Añadió que, al impedir la distribución de elementos publicitarios que incitan a la utilización irracional y excesiva de medicamentos no sujetos a receta médica ni reembolsables, prohibiciones como las previstas en la disposición controvertida en el litigio principal responden al objetivo esencial de la salvaguardia de la salud pública (sentencia de 22 de diciembre de 2022, EUROAPTIEKA, C-530/20, EU:C:2022:1014, apartado 69).
- 34 A ese respecto, observó que las referidas prohibiciones no tienen por objeto la distribución, que carezca de cualquier intención promocional, de indicaciones meramente informativas sobre esos medicamentos, sino la distribución de contenidos destinados a incitar a su compra, mediante una referencia a su precio, a una liquidación especial o a una venta como un paquete junto con otros medicamentos, en su caso a precio reducido, o con otros productos (sentencia de 22 de diciembre de 2022, EUROAPTIEKA, C-530/20, EU:C:2022:1014, apartado 70).
- 35 Con mayor motivo han de ser válidas estas consideraciones respecto a la publicidad destinada al público en relación con medicamentos sujetos a receta médica y, en principio también, respecto a la publicidad destinada al público de una farmacia de venta por correspondencia establecida en otro Estado miembro.

Compatibilidad con la libre circulación de mercancías consagrada en el artículo 34 TFUE

- 36 A juicio del órgano jurisdiccional remitente, la interpretación descrita en la cuestión prejudicial tampoco contraviene la libre circulación de mercancías consagrada en el artículo 34 TFUE.
- 37 Las disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no obstaculizarán directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros cuando cumplan un doble requisito: por una parte, que se apliquen a todos los operadores interesados que ejerzan su actividad en el territorio nacional y, por otra parte, que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros. La aplicación de tales disposiciones a la venta de productos procedentes de otro Estado miembro y conformes con las disposiciones de ese otro Estado miembro no impide ni dificulta el acceso de esos productos al mercado en mayor medida que impide o dificulta ese acceso a los productos nacionales. El Tribunal de Justicia ha calificado como «disposiciones relativas a modalidades de venta» aquellas que restringen, en particular, la posibilidad de una empresa de hacer publicidad (sentencia de 15 de julio de 2021,

DocMorris, C-190/20, EU:C:2021:609, apartados 35 y 36 y la jurisprudencia citada).

- 38 La disposición nacional descrita en la cuestión prejudicial se aplica indistintamente a todas las farmacias que venden medicamentos en Alemania, con independencia de si están establecidas en el territorio nacional o en otro Estado miembro, de manera que afecta por igual, tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico, a la venta de productos nacionales y de productos procedentes de otros Estados miembros.
- 39 En opinión del órgano jurisdiccional remitente, esta postura no se contradice con la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 2016, Deutsche Parkinson Vereinigung (C-148/15, EU:C:2016:776).
- 40 En su sentencia «DocMorris», que dictó a raíz de una remisión prejudicial de este mismo órgano jurisdiccional, el Tribunal de Justicia declaró que la prohibición de la publicidad con juegos promocionales de que allí se trataba, basada también en el artículo 7, apartado 1, primera frase, de la Ley relativa a la Publicidad en el Sector de la Salud (a diferencia del procedimiento que dio lugar a la sentencia «Deutsche Parkinson Vereinigung»), no se refería a la «prohibición total de la competencia basada en los precios». En opinión del Tribunal de Justicia, una prohibición de los juegos destinados a promover la venta de medicamentos tiene consecuencias mucho menores para las farmacias de venta por correspondencia que la prohibición total de la competencia basada en los precios, de la que se trata en dicha sentencia. (sentencia de 15 de julio de 2021, DocMorris, C-190/20, EU:C:2021:609, apartado 44).
- 41 Cabría considerar que la prohibición aquí controvertida de publicidad con vales por una determinada cantidad de dinero o por un descuento porcentual utilizables en la siguiente adquisición de productos tampoco se refiere a la prohibición total de la competencia basada en los precios. Cabría entender que esta última solo se refiere a la prohibición de la publicidad que recurra a descuentos inmediatamente efectivos.

Tercera cuestión prejudicial

- 42 Mediante la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucide si es conforme con las disposiciones del título VIII, y, en particular, con el artículo 87, apartado 3, de la Directiva 2001/83, que una disposición nacional [en este caso, el artículo 7, apartado 1, primera frase, segunda parte, punto 2, primera parte, letra a), de la Ley relativa a la Publicidad en el Sector de la Salud] se interprete en el sentido de que permite hacer publicidad de toda la gama de medicamentos sujetos a receta médica de una farmacia de venta por correspondencia establecida en otro Estado miembro mediante la entrega de regalos publicitarios en forma de descuentos y pagos inmediatamente efectivos.

- 43 A juicio del órgano jurisdiccional remitente, no puede considerarse que una prohibición de publicidad de los medicamentos sujetos a receta médica mediante liberalidades pecuniarias ya esté justificada en sí misma por el artículo 88, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/83, que, de conformidad con el su considerando 44, exige a los Estados miembros que prohíban la publicidad destinada al público de los medicamentos sujetos a receta médica.
- 44 Aunque una publicidad destinada al público con la que, como en el caso de las acciones publicitarias aquí impugnadas, se pretende promover en general la venta de medicamentos sujetos a receta médica mediante la concesión de ventajas pecuniarias constituye una publicidad de medicamentos destinada al público en el sentido del artículo 86, apartado 1, primer guion de la Directiva 2001/83, el órgano jurisdiccional remitente considera que no se trata de una publicidad destinada al público de medicamentos sujetos a receta médica prohibida en general en el sentido del artículo 88, apartado 1, letra a), de la Directiva 2001/83.
- 45 Con el fin de proteger la salud, el artículo 88, apartado 1, de la Directiva 2001/83 pretende evitar que la publicidad destinada al público aliente a los pacientes a pedir a su médico que les prescriba medicamentos sujetos a receta médica. En cambio, la publicidad sobre precios en materia de medicamentos sujetos a receta médica persigue que un paciente opte por una farmacia determinada a la hora de adquirir un medicamento ya recetado. La publicidad sobre precios en la distribución de medicamentos sujetos a receta médica es una parte integrante de la competencia y no está comprendida en el artículo 88, apartado 1, de la Directiva 2001/83.