

RESOLUCIÓN (Expte. R 506/01, Distribuciones Farmacéuticas)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 19 de febrero de 2004

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición arriba expresada y siendo Ponente Don Javier Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R 506/01, de recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento de 5 de noviembre de 2001, dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente nº 2022/99, incoado por conductas supuestamente prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito de 24 de junio de 1999, la empresa Difar Distribuciones Farmacéuticas S.L. formuló denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra la empresa J. Uriach y Cía. S.A. y contra Erk, Sharp & Dohme de España, grupo MSD, por infracción de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989 y 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea, consistentes en la negativa injustificada de suministro de sus productos a Difar.

Los días 5 de julio y 20 de septiembre de 1999, la empresa Spain Pharma S.A. formuló dos nuevas denuncias, la primera contra Organón Española S.A. y Lilly S.A. y la segunda contra Pfizer S.A., Almirall Prodesfarma S.A. y Laboratorios Dr. Esteve S.A., por negativa injustificada de suministro y prácticas concertadas y conscientemente paralelas, constitutivas de infracciones a los artículos artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989 y 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea.

El Servicio, por Providencias de 18 de mayo de 2000, acordó la incoación de tres expedientes, cada uno de ellos para los hechos expuestos

en cada una de las denuncias formuladas, a los que adjudicó los números 2022, 2032 y 2963 de 1999 y, posteriormente, mediante Providencia de 28 de junio de 2000, acordó la acumulación de los tres expedientes en el 2022/1999.

SEGUNDO.- El Servicio procedió a la instrucción de expediente, practicando las pruebas solicitadas por las partes y las demás que se consideraron necesarias y, una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 37.4 de la Ley de Defensa de la Competencia, dictó el 5 de noviembre de 2001 un Acuerdo decretando el sobreseimiento del expediente, por no ser los hechos denunciados constitutivos de las infracciones propuestas.

TERCERO.- En el Acuerdo de sobreseimiento el Servicio, después de analizar y rechazar cada una de las alegaciones de los denunciantes en contra de la propuesta formulada, concluye que, en cuanto a la presunta infracción de los artículos 1 LDC y 81 TUE, de los hechos investigados no parece que pueda deducirse coordinación alguna ni apreciarse la pretendida estrategia conjunta, faltando el elemento consensual necesario para apreciar la práctica concertada y sin que tampoco pueda hablarse de paralelismo de conductas, ya que cada empresa ha reaccionado de manera diferente en el tiempo y en la forma y, en cuanto a los artículos 6 LDC y 82 TDU, no existe posición de dominio en el mercado de ninguna de las empresas denunciadas y, además, la negativa de suministro no supondría en estos casos una conducta abusiva, teniendo en cuenta la existencia de fuentes alternativas de aprovisionamiento.

CUARTO.- Contra el Acuerdo que se recoge en el apartado anterior, Difar y Spain Pharma interponen recurso, solicitando del Tribunal que deje aquél sin efecto y que ordene al Servicio que continúe la tramitación del expediente en relación con todas las conductas ahora sobreseídas. Concretamente, la impugnación se funda en los siguientes argumentos:

- A) La negativa de suministro a Difar y a Spain Pharma por parte de las compañías denunciadas constituye una conducta conscientemente paralela que vulnera el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, para los que no se exige de un acuerdo concreto sino que basta con la concordancia de reacciones, como sucede en el caso examinado en el que todas las denunciadas se han negado a establecer o continuar sus relaciones comerciales con las recurrentes con la única finalidad de evitar las importaciones paralelas de sus productos, siendo irrelevante la forma en la que se haya mostrado en cada caso la negativa.

B) La conducta de las empresas denunciadas constituye un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, por la posición de sus productos en los mercados relevantes respectivos y porque el resto de los mayoristas, que son competidores de las recurrentes, no pueden considerarse como una fuente alternativa de aprovisionamiento.

C) Existencia de cláusulas restrictivas de la exportación en los contratos de licencia celebrados entre algunas de las empresas denunciadas, aunque precisando que dichos acuerdos prohibidos no se encuentran normalmente plasmados por escrito, sino que son verbales o secretos. No obstante, señalan documentos de los que concluyen la existencia de pruebas directas sobre la existencia y realidad de los mencionados acuerdos.

QUINTO.- En el informe remitido a este Tribunal con motivo de la interposición del recurso, el Servicio se ratifica en el contenido del Acuerdo de sobreseimiento e interesa la desestimación del recurso, expresando que no se encuentra acreditada la práctica de una conducta conscientemente paralela por parte de las denunciadas, sin que se pueda presumir que la actuación de cada una de ellas fuera dirigida a evitar las exportaciones paralelas y que, en cuanto a la infracción por abuso de posición dominante, afirma que ha quedado patente la inexistencia de dicha posición así como la existencia de una alternativa al suministro. Finalmente, se ratifica en lo ya expresado en el Acuerdo impugnado acerca de la inexistencia de cláusulas restrictivas de la exportación en los contratos de licencia.

A) Lilly S.A. se opone a la estimación del recurso alegando que su actuación ha sido por motivos puramente individuales, ya que negó el suministro a Spain Pharma ante su falta de coherencia como mayorista al solicitar sólo determinados productos y en grandes cantidades que no hubiera podido servir sin desatender a otros mayoristas, por lo que ofreció enviar menor cantidad, lo que fue rechazado por la denunciante. En cuanto a la imputación del artículo 6, señala que los productos de Lilly no son líderes en sus respectivos campos terapéuticos, ni siquiera el Zyprexa si se considera el mercado de referencia no en porcentaje dinerario de ventas sino de unidades vendidas.

B) Pfizer, por su parte, se opone al recurso y afirma que su decisión de no suministrar no es ilícita y es unilateral, no dándose los requisitos exigidos por los órganos de defensa de la competencia españoles y comunitarios para apreciar la existencia de una conducta conscientemente paralela. Añade asimismo que en los casos denunciados ni hay posición de dominio

por parte de Pfizer, ya que sus cuotas son insuficientes y se trata de un mercado intervenido en el que la relación comercial se limita a los mayoristas, ni hay abuso alguno, pues la negativa de suministro no es injustificada sino que tuvo por objeto asegurar el abastecimiento del mercado.

- C) Laboratorios Dr. Esteve señala sus diferencias con relación a los demás denunciados, ya que es un laboratorio exclusivamente nacional mientras que los otros pertenecen o tienen relación con grupos internacionales, y alega que su negativa de suministro se debió a la falta de seriedad de la denunciante Spain Pharma, a la que sirvió tres pedidos en diez meses, siempre del mismo producto, y rechazó el cuarto, aclarando que sirven a más de ochenta mayoristas la casi totalidad de sus productos y tratan de asegurar en todo momento el abastecimiento del mercado.
- D) Organón Española se opone también al recurso reiterando los argumentos del Acuerdo recurrido y resaltando que le es indiferente la política comercial de los demás laboratorios, ya que el hecho de que los productos de éstos se vendan en España o se exporten por Spain Pharma o por cualquier otro mayorista no les causa beneficio ni perjuicio alguno. De la misma manera, niega la existencia de acuerdos de ningún tipo tendentes a prohibir las exportaciones y se adhiere a lo expresado por el Servicio acerca de la inexistencia de posición dominante de su producto Microdiol en los mercados en que compete.
- E) J. Uriach y Cía. Se manifiesta en términos idénticos al anterior y añade que su negativa de suministro a Difar se produjo por las irregularidades advertidas en la actuación de ésta ya que, a pesar de haber remitido a ésta una relación de sus productos y de los precios de éstos, no obtuvo contestación ni noticias del mayorista durante más de un año. Niega igualmente la acusación de abuso de posición dominante remitiéndose a los argumentos contenidos en el propio Acuerdo impugnado.
- F) Finalmente, Almirall Prodesfarma niega igualmente las acusaciones de las denunciadas, alegando la unilateralidad de su conducta de venta, la inexistencia de cláusulas contractuales limitadoras de la exportación en los contratos de licencia con Pfizer y la inexistencia de posición dominante en los mercados de Astudal y Progandol, en los que tiene unas cuotas del 3'51 y del 0'05 por ciento, respectivamente.

SEXTO.- El Pleno del Tribunal deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 28 de enero de 2004.

SÉPTIMO.- Son interesados:

- Spain Pharma S.A.
- Distribuciones Farmacéuticas S.L. (Difar)
- Lilly S.A
- Pfizer S.A.
- Laboratorios Dr. Esteve S.A.
- Organón Española S.A.
- J. Uriach y Cía. S.A.
- Almirall Prodesfarma S.A.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En relación con la primera de las cuestiones suscitadas por las recurrentes, que consideran que la conducta de los laboratorios denunciados, al negarles el suministro de determinados productos farmacéuticos, debe ser calificada como una conducta conscientemente paralela, tipificada por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, cuya finalidad común es la de impedir a las recurrentes las exportaciones paralelas de dichos productos, debe reiterarse la doctrina sentada por este Tribunal en diversas Resoluciones (387/96 y R 437, entre otras), declarando que las mismas constituyen un comportamiento armonizado de varias empresas en el mercado, sin que medie un acuerdo expreso o tácito entre las mismas, que es simple consecuencia de desarrollar cada una de ellas las respectivas acciones con el propósito de evitar la discordancia, conociendo cada una previamente los fines y medios de las demás”, señalándose que, para que pueda imputarse la comisión de una práctica conscientemente paralela, es preciso que se cumplan conjuntamente los requisitos siguientes: “1) que los hechos estén suficientemente acreditados, 2) que exista una relación causal entre la presunta conducta y su resultado de restricción de la competencia y 3) que no quepa concebir otra interpretación racional de los comportamientos supuestos”.

Pues bien, en los casos denunciados no ha quedado acreditado que la conducta de las denunciadas negando determinados suministros a las recurrentes haya tenido su origen en un acuerdo expreso o tácito ni en la intención de actuar coordinadamente, ya que cada uno de los laboratorios, aún coincidiendo en su negativa de suministro, lo hizo de forma y en tiempo diferente y, según alegan, por motivos distintos, perfectamente admisibles y derivados, según los casos, de la peculiar actuación comercial de las denunciadas, de la política comercial de cada laboratorio y de la voluntad de evitar desabastecimiento del mercado en relación con los concretos

productos solicitados. No debe olvidarse que, como ya declaró el Tribunal en su Resolución R 437/00, ya citada, no se puede presumir que la política comercial de todos ellos deba ser coincidente en orden a evitar las exportaciones paralelas pues, pese a que la venta de medicamentos está muy influida por las políticas administrativas, siendo en algunos países la Administración la que fija los precios, lo que da lugar a fuertes disparidades entre ellos, no se puede desconocer que la política comercial de cada laboratorio dependerá de la existencia o no de filiales en dicho país e, incluso, del producto del que en cada caso se trate, sin que exista tampoco prueba alguna de que por parte de los laboratorios denunciados exista un control de destino final del producto que pueda hacer presumir que la supuesta negativa de suministro por los laboratorios denunciados tuviera la finalidad que la recurrente afirma.

Por el contrario, como señala el Servicio, no se alcanza a comprender el interés que los laboratorios denunciados hubieran podido tener en actuar coordinadamente para lograr la finalidad de impedir las exportaciones paralelas de los productos propios de cada uno de ellos, ya que dicha finalidad podría lograrse individualmente, con independencia de la política comercial de otros laboratorios y sin necesidad de llevar a cabo ninguna concertación expresa o tácita.

Caben, por lo tanto, otras explicaciones distintas de la denunciada concertación tácita, en la actuación de los laboratorios imputados, que desvirtúan la presunción de que éstos han actuado de forma conscientemente paralela.

SEGUNDO.- En cuanto a la alegación de que la conducta de las empresas denunciadas, consistente en negar a las denunciantes el suministro de sus productos, constituye un abuso de posición de dominio, el Acuerdo recurrido ha de ser confirmado, ya que los laboratorios imputados no se encuentran en posición dominante en el mercado en relación con ninguno de los productos que dejaron de suministrar a Difar y Spain Pharma, existiendo en todos los casos otros productos alternativos y manteniendo cuotas de mercado que van desde el 0'05 por ciento, en el caso del Progandol del laboratorio Almirall, hasta el 41'29 por ciento en el caso de Zyprexa, del laboratorio Lilly. Además se da la circunstancia de que, en este último caso, la elevada cuota de mercado de Zyprexa está producida por su elevado precio en comparación con otros productos del mismo grupo, al tratarse de una especialidad de reciente aparición cuyo precio es muy superior al de otras más antiguas, pero no se corresponde con el número de unidades vendidas, de manera que, como atinadamente destaca el Acuerdo impugnado, aún vendiendo un número de unidades apreciablemente menor, ocupando tan solo el décimo

lugar en ventas de unidades de producto, alcanza un porcentaje de valor de venta mucho más elevado.

Por otra parte, la inexistencia de posición de dominio queda reforzada, aun cuando se trate de un argumento innecesario, una vez constatadas las moderadas cuotas que ostentan los denunciados en los mercados de producto afectados, en la existencia de fuentes de suministro alternativas para los mismos productos requeridos por las denunciadas, ya que éstas podrían haber suplido la falta de ventas por parte de los laboratorios denunciados acudiendo a otros mayoristas, lo cual, como señala el Servicio, podría haber rebajado algo los márgenes de beneficio de las denunciadas, pero no habría impedido a éstas continuar realizando su actividad exportadora, más lucrativa que la mera comercialización nacional de los productos solicitados.

TERCERO.- Finalmente, en cuanto a la posible existencia de cláusulas restrictivas de la exportación en los contratos de licencia celebrados entre algunas de las empresas denunciadas, del examen de los contratos de licencia aportados por éstas no resulta que los mismos contengan ninguna cláusula restrictiva de esa naturaleza, como ya destacó este Tribunal en relación con estos mismos contratos en Resolución de 12 de febrero de 2001, mientras que las cartas y faxes aportados por las denunciadas no demuestran tampoco la existencia de dichos acuerdos sino que más bien parecen ser meros pretextos comerciales de alguno de los laboratorios para negar el suministro solicitado, sin que conste que tengan ningún respaldo contractual entre licenciantes y licenciarios.

En su virtud, este Tribunal

HA RESUELTO

PRIMERO.- Desestimar el recurso interpuesto por Spain Pharma S.A. y Difar Distribuciones Farmacéuticas S.L. contra el Acuerdo de sobreseimiento de 5 de noviembre de 2001, dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente nº 2022/1999, que confirmamos en todas sus partes.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la recurrente y a las denunciadas, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.