

**Id. Cendoj:** 28079230062006100384  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 17/07/2006  
**Nº de Recurso:** 179/2004  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

## SENTENCIA

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional ha promovido DIFAR Distribuciones Farmacéuticas S.L. y Spain Pharma S.A.,

y en sus nombres y representaciones la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> Belén Lombardía del Pozo, frente a la

Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre

Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 19 de febrero de 2004, relativa a

archivo de expediente sobre libre competencia, siendo Codemandadas Almirall Prodesfarma S.A. y

Laboratorios Esteve S.A., Pfizer S.A., Lilly S.A., Organon Española S.A., uriach y Cía S.A y la

cuantía del presente recurso indeterminada.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por DIFAR Distribuciones Farmacéuticas S.L. y Spain Pharma S.A., y en sus nombres y representaciones la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> Belén Lombardía del Pozo, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 19 de diciembre de 2004, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución y la

continuación del expediente sancionador.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día once de julio de dos mil seis.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 19 de febrero de 2004, por la que se acuerda confirmar Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia en orden a sobreseer y archivar el expediente 2022/1999 adoptado el 5 de noviembre de 2001.

SEGUNDO: Antes de entrar en el análisis del caso concreto que nos ocupa, hemos de recordar la doctrina declarada en nuestra sentencia de 26 de enero de 2005 dictada en el recurso 364/2001:

"... Debemos tener en cuenta, por su relación con el presente recurso, que la Decisión de la Comisión de 10 de enero de 1996 ((96/478/CE) ha sido anulada por la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2000 (asunto T-41/96), y que el recurso de casación interpuesto contra esta última sentencia ha sido desestimado por el TJCE, en su sentencia de 6 de enero de 2004 (asuntos acumulados C-2/01 y C-3/01).

Dichas sentencias contienen una referencia a la situación actual de la industria farmacéutica europea, caracterizada por el hecho de que en la mayoría de los Estados miembros las autoridades sanitarias nacionales fijan, directa o indirectamente, el precio de determinados medicamentos, lo que explica que existan importantes diferencias en sus precios entre unos y otros Estados, así como las exportaciones paralelas que realizan algunos mayoristas a consecuencia de dicha diferencia de precios.

Es más, siguiendo con las resoluciones de los órganos jurisdiccionales europeos en relación con la Decisión de la Comisión de 3 de junio de 1996 antes citada, el Auto del TPI de 3 de junio de 1996, suspendió la ejecución de la Decisión de la Comisión de 10/1/96, y razonó que no existe ningún interés comunitario predominante en la ejecución inmediata de la Decisión, pues las exportaciones paralelas benefician principalmente a los mayoristas, que obtienen ganancias desproporcionadas, inesperadas y excepcionalmente elevadas ("wind-fall profits"). Es

decir, las exportaciones paralelas no representan ningún beneficio directo para los consumidores que pagan el mismo precio por el producto farmacéutico, proceda o no de una importación paralela.

SEXTO.- Mantiene el demandante como primera cuestión de fondo, que las empresas codemandadas que se negaron a suministrarle productos farmacéuticos, incurrieron en una conducta conscientemente paralela prohibida por el artículo 1 LDC.

Para analizar tal cuestión debemos empezar por señalar que un laboratorio farmacéutico puede adoptar la política de suministros que estime adecuada a sus intereses, según indica el TPI en la sentencia citada de 26/10/2000 (apartado 176), con dos limitaciones: 1) que no se encuentre en posición de dominio, lo que no es el caso del presente expediente, pues ya se ha dicho que ahora enjuiciamos un sobreseimiento parcial de las infracciones del artículo 1 LDC (debe añadirse que aún en el caso de una empresa en posición de dominio, la negativa puede no ser abusiva, STJCE de 26/10/2000, apartado 180), y 2) que no exista ninguna concordancia de voluntades con sus mayoristas...."

En este caso, aceptada la libertad en la política de suministros, el recurrente sostiene que las empresas codemandadas se pusieron de acuerdo entre ellas, o al menos, mantuvieron una conducta conscientemente paralela, para no suministrarle productos. Se trata, por tanto, de determinar, si existió alguna forma de acuerdo, siquiera sea tácito, que convertiría una conducta individual de las empresas codemandadas perfectamente lícita, en un acuerdo entre competidores contrario al artículo 1 LDC.

Efectivamente, el artículo 1 LDC prohíbe cualquier forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado a realizar un pacto o convenio propiamente dicho, sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. Se trata de exigir a los operadores económicos independencia en su comportamiento en el mercado, y aunque esta exigencia no excluye el derecho de los operadores a adaptarse inteligentemente al comportamiento actual o previsible de sus competidores, si prohíbe cualquier contacto directo o indirecto entre los operadores que tenga por objeto influir en el comportamiento en el mercado de un competidor o revelar a dicho competidor el comportamiento que haya decidido o que se prevea adoptar (STJCE de 20/4/99, asunto 305/94 y otros).

El examen de lo actuado muestra que no existe ni ya prueba, sino ni siquiera indicio, de tal acuerdo, concertación, relación o contacto de cualquier clase entre las empresas codemandadas en las que se hubiera planteado el tema de su conducta ante las peticiones de suministro de la recurrente. Ni siquiera consta -ni hay motivo alguno para pensar- que cualquiera de ellas conociera las peticiones de suministro que la demandante realizaba a las demás.

Efectivamente, consta al folio tres y cuatro de la Resolución impugnada, las distintas razones dadas por las codemandadas para negar el suministro, y todas concretan comportamientos que afectan exclusivamente a relaciones comerciales.

Por otra parte, la parte actora sostiene que es posible llegar a afirmar la existencia de una infracción del artículo 1 LDC a partir de la prueba de indicios o presunciones.

Es cierto que la utilización de la prueba de indicios en el ámbito del derecho de la

competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999 74). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Como vamos a ver, en este caso no concurre ninguno de dichos requisitos, pues los indicios se basan en hechos entre los que no existe coincidencia y tampoco existe ninguna relación directa entre los hechos base y el hecho que se trata de acreditar (la concertación), porque existe una -en realidad, más de una- explicación razonable para los primeros distinta de la concertación.

Los hechos base a que se refiere el recurrente son que todas las partes codemandadas se negaron a suministrarle los productos farmacéuticos que les había solicitado. Debemos aquí tener presente que, ante una solicitud de estas características, las alternativas de los fabricantes de productos farmacéuticos se reducen, en último extremo, únicamente a dos: la aceptación o no del pedido del mayorista, lo que nos presenta una situación muy diferente de los supuestos en los que normalmente ha sido utilizada la prueba de presunciones en el ámbito del derecho de la competencia, que se referían a concertaciones de precios, en los que el abanico de posibilidades de las empresas concertadas era mucho mayor que dos, y sin embargo, y a pesar de utilizar procesos productivos con costes diferentes, ofrecían sus productos a un precio idéntico incluso en céntimos, con también coincidencia temporal en las subidas y bajadas (por todas, sentencias de esta Sala de 17/1/92, en el recurso 1764/98, sobre fijación de precios en vacunas antigripales y de 30/1/94, en el recurso 782/97, sobre la misma cuestión en productos lácteos).

Por otra parte señala el TDC que no se alcanza a comprender la necesidad de seguir una conducta conscientemente paralela para evitar, cada codemandada, la exportación paralela de sus productos, porque ello, respondiendo a una estrategia comercial, puede ser evitado por cada una de ellas sin necesidad de concertarse con las demás. Ello es cierto.

TERCERO: En lo referente a la aplicación del artículo 6, en esencia la recurrente viene a sostener que la posición de dominio no se ha establecido correctamente pues no se ha considerado la cuota de mercado del 50% en determinados productos. Afirma que la negativa de venta de los codemandados no está justificada. Tampoco se ha considerado la posición conjunta de laboratorios y licenciatarios, así como las diferencias porcentuales entre consumidores.

Como es sabido, el mercado relevante viene determinado por el mercado de productos y el mercado geográfico. El primero se define, aplicando el criterio de uso terapéutico, en base a la Clasificación Anatómica Terapéutica reconocida y utilizada por la OMS. Respecto al mercado geográfico se ha definido como el mercado nacional.

En cuanto a la posición de dominio viene determinada por el poder económico e independencia de un operador económico en el mercado de suerte que pueda tomar decisiones sin considerar las posibles reacciones de otros competidores y los consumidores.

Pues bien, determinado el mercado relevante, hemos de considerar en la determinación de la concurrencia de posición de dominio, dos circunstancias, la una la

existencia del Sistema Nacional de Salud, con un gran poder de compra, e intervención de precios por la Administración, y la otra, existencia de competidores bien posicionados. Ello hace imposible, por las características del mercado, la toma de decisiones sin considerar la reacción de consumidores y competidores, no existe posición de dominio.

Por otra parte, el TDC expresamente se refiere a la baja cuota de mercado de las demandadas y a la efectiva competencia en el sector que permite acudir a otros proveedores - por más que ello resulte molesto para la actora, no supone tal molestia la plasmación de una posición de dominio -.

En cuanto a las diferencias porcentuales entre los competidores inmediatos, ya se recogía en la Resolución impugnada que el Servicio había analizado tal extremo llegando a la conclusión de que el mercado de laboratorios se encontraba muy fraccionado en España.

CUARTO: En cuanto a los aspectos a la negativa de venta, lo cierto es que si no existe posición de dominio no puede, tal comportamiento, ser constitutivo de la infracción del artículo 6 de la LDC, pues se incluiría en el ámbito de las estrategias comerciales de las empresas. Y así, el TDC insiste, y no ha sido desvirtuado por la actora, que en los distintos productos - incluso en aquellos en los que pudiera admitirse la posición de dominio de un laboratorio -, existen alternativas de suministro.

No olvidemos, que aún cuando la negativa al suministro pueda ser contraria a Derecho por injustificada y causar perjuicios, tales extremos en cuanto sean cuestiones entre particulares han de ser ventiladas ante los Tribunales civiles, pues en el ámbito en el que ahora nos movemos, las cuestiones han de ser las relativas a la afectación del interés público. Así, con independencia de la legalidad o ilegalidad de la negativa, no puede ser constitutiva de abuso de posición de dominio en cuanto tal posición de dominio es inexistente dado la estructura del mercado que antes hemos analizado.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

## **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por DIFAR Distribuciones Farmacéuticas S.L. y Spain Pharma S.A., y en sus nombres y representaciones la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> Belén Lombardía del Pozo, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 19 de febrero de 2004, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento

a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.