

RESOLUCIÓN (Expte. R 437/00, Laboratorios Farmacéuticos)

Pleno

Excmos. Sres.:

González Solana, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 12 de Febrero de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Dña. M^a Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 437/00 (1873/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), de recurso interpuesto por DIFAR Distribuciones Farmacéuticas S. L., contra el Acuerdo del Excmo. Sr. Director General de General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 5 de mayo de 2000, por el que se sobresee parcialmente el expediente que se inició por denuncia presentada por dicha entidad contra MERCK, SHARP & DOHME DE ESPAÑA S.A., GRUPO MSD, PFIZER S.A., GLAXO WELLCOME S.A., LABORATORIOS ALTER, S.A., ORGANON ESPAÑOLA S.A., ALMIRALL-PRODESFARMA S.A., LILLY S.A., LABORATORIOS DR. ESTEVE S.A. y FAES FABRICA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS S.A., en lo que se refiere a la imputación a los denunciados de la realización de actos que pudieran suponer conductas contempladas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y en el artículo 81.1 del TUE.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escritos de fecha 2 de septiembre de 1998 y 28 de abril de 1999, D. Carlos Lema Devesa, en nombre y representación de la empresa DIFAR Distribuciones Farmacéuticas S. L., formuló denuncia, por presunta infracción de la Ley de Defensa de la Competencia y del Tratado de la

Unión Europea, contra las siguientes empresas: MERCK, SHARP & DOHME DE ESPAÑA S.A., GRUPO MSD, PFIZER S.A., GLAXO WELLCOME S.A., LABORATORIOS ALTER, S.A., ORGANON ESPAÑOLA S.A., ALMIRALL-PRODEFARMA S.A., LILLY S.A., LABORATORIOS DR. ESTEVE S.A. y FAES FABRICA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS S.A. Según la denunciante, las infracciones consistían en la negativa injustificada de suministro a la denunciante de determinadas especialidades farmacéuticas comercializadas por las empresas denunciadas, impidiéndola ejercer su labor de distribución en España, así como la exportación de productos farmacéuticos desde España a otros países de la Comunidad Europea, respondiendo dicha conducta a una misma estrategia conjunta de actuación en el mercado, actuación que califica como “práctica conscientemente paralela” y “abuso de posición de dominio”, incursas en los artículos 1 y 6 de la LDC y 82 del Tratado de la Unión Europea, afirmando también la existencia en los contratos de licencia suscritos por algunos de los laboratorios denunciados de cláusulas que prohíben la exportación de los productos licenciados a la Unión Europea, infringiendo así el artículo 1 de la LDC y 81.1 del TUE.

2. El Servicio de Defensa de la Competencia, tras acordar, por Providencia de 15 de marzo de 1999, la incoación del oportuno expediente, siguiéndose con el nº 1873/98, ordenó la práctica de diversas diligencias y pruebas, dictándose el 5 de mayo de 2000, tras observar los trámites procedimentales legalmente establecidos, Acuerdo por el que dispone el sobreseimiento parcial del expediente en lo que se refiere a la presunta existencia de cláusulas restrictivas en los contratos de licencia y presunta conducta conscientemente paralela entre los laboratorios denunciados.

En concreto dicho Acuerdo, en relación a las prácticas conscientemente paralelas, señala que *“una práctica de esta naturaleza, según doctrina reiterada del TDC, consiste en un comportamiento armonizado de varios operadores en el mercado, que no es el resultado de un acuerdo expreso o tácito, sino de llevar a cabo por parte de ellos sus respectivas acciones con el propósito de evitar la discordancia. A la vista de ello, no parece que en el caso examinado pueda hablarse de una concordancia en las reacciones de los denunciados ante la carta de DIFAR, puesto que si los distintos laboratorios no desean entablar relaciones comerciales con DIFAR tienen pocas posibilidades de llevar a cabo un comportamiento diferente al de no contestar a sus requerimientos, manifestar que no necesitan un nuevo distribuidor o no servirle, que son las actitudes que han mostrado los denunciados, basándose en la libertad que otorga la legislación para utilizar o no a los distribuidores mayoristas como intermediarios en el proceso de distribución... El comportamiento de las*

empresas denunciadas supone actitudes diferentes que pueden explicarse como una reacción autónoma de cada una de ellas sin tener que recurrir a un acuerdo, y, por tanto, se anula la presunción de éste al darse una explicación alternativa satisfactoria. En relación a los contratos de licencia y a las cláusulas restrictivas a la exportación presuntamente incluidas en ellos, DIFAR reconoce que no ha podido tener acceso a ellos, y del examen de los mismos se desprende la inexistencia de dichas cláusulas.

Por todo ello, procede el sobreseimiento parcial del presente expediente en lo que se refiere a la presunta conducta conscientemente paralela entre los laboratorios denunciados, así como a la presunta existencia de cláusulas restrictivas en los contratos de licencia.”

3. El 23 de mayo de 2000, D. Carlos Lema Devesa, en nombre y representación de la empresa DIFAR Distribuciones Farmacéuticas S. L., interpuso ante este Tribunal recurso contra el referido Acuerdo de sobreseimiento parcial del expediente iniciado. El Tribunal requirió del Servicio la remisión del correspondiente informe, así como que expresara la fecha de notificación del Acuerdo de sobreseimiento y remitiera el expediente seguido por el mismo.
4. Mediante escrito, que tuvo entrada en este Tribunal el 26 de mayo de 2000, el Servicio comunica que el recurso ha sido interpuesto dentro de plazo y que las alegaciones expuestas por la recurrente en su escrito no desvirtúan las razones que fundamentaron la decisión recurrida. En concreto, señala que *“el Servicio coincide con el recurrente en que la negativa de suministro es el objeto principal de este expediente, y ésta es la razón por la que se ha estimado procedente su examen diferenciado de las otras imputaciones relativas a la supuesta conducta conscientemente paralela y a la existencia de cláusulas restrictivas en los contratos de licencia, para la que el recurrente reclama la aplicación de la prueba de presunciones sin tener en cuenta que, para su aceptación, el Tribunal Constitucional establece unas exigencias que no se cumplen en el presente expediente, máxime cuando el recurrente basa su petición en hechos referidos a la relación de otra empresa que no es parte en este expediente... Que, además, la presunta negativa de suministro por parte de los denunciados no supondría un obstáculo insalvable puesto que existe la alternativa representada por los otros mayoristas, reconocida por la recurrente pero que califica como no rentable...”*.
5. En fecha 9 de junio de 2000, se dicta Providencia por la que se concede plazo a los interesados para formular alegaciones, presentándose por éstos sus respectivos escritos que obran en las actuaciones.

6. En el presente recurso son interesados:

- DIFAR DISTRIBUCIONES FARMACÉUTICAS
- MERCK, SHARP & DOHME DE ESPAÑA S.A. GRUPO MSD
- PFIZER S.A.
- GLAXO WELLCOME S.A.
- LABORATORIOS ALTER S.A.
- ORGANON ESPAÑOLA S.A.
- ALMIRALL-PRODESFARMA S.A.
- LILLY S.A.
- LABORATORIOS DR. ESTEVE S.A.
- FAES-FABRICA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS S.A.

7. El Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó sobre el presente expediente en el Pleno celebrado el día 6 de febrero de 2001.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La cuestión a dilucidar en el presente recurso se centra en determinar la procedencia o no del sobreseimiento acordado por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia en Acuerdo de fecha 5 de mayo de 2000.

Para ello, es preciso hacer constar en primer término las alegaciones en que la empresa recurrente fundamenta su recurso y que consisten, básicamente, en las siguientes:

- a) En primer término, señala que la negativa de suministro por parte de los laboratorios denunciados no es una conducta aislada, sino que se trata de una estrategia comercial de dichas empresas para evitar las exportaciones paralelas y que ello constituye una práctica conscientemente paralela prohibida por el art. 1 de la LDC y art. 81.1 del TUE. Afirma que la recurrente se dirigió a las empresas denunciadas solicitando aprovisionamiento de sus productos para realizar su actividad de distribución de medicamentos a farmacias y que aquéllas se lo denegaron, pero que ello no supone una conducta aislada, sino que los laboratorios denunciados niegan el suministro a la denunciante para impedir las exportaciones paralelas, y que no puede afirmarse que ello responda a una pura coincidencia, sino más bien a conductas conscientemente paralelas.
- b) Afirma que el Servicio se equivoca cuando señala la inexistencia de “acuerdo” entre las empresas denunciadas, pues la recurrente

nunca ha afirmado la existencia de acuerdo alguno, sino la de una práctica conscientemente paralela, entendida ésta conforme a la doctrina de este Tribunal expuesta, entre otras, en Resolución de 9 de enero de 1987, 6 de marzo de 1992 y 30 de junio de 1987. Señala también que el Servicio, para acordar el sobreseimiento, aplica una doctrina del Tribunal de Justicia Europeo que se refiere a las “prácticas concertadas”, pero no a la existencia de una “conducta conscientemente paralela”.

- c) Señala que, en contra de lo que se afirma en el Acuerdo hoy impugnado, la negativa individual de suministro de uno de los laboratorios no hubiera impedido a DIFAR su actividad de distribución de medicamentos en España y de exportación de medicamentos a otros países de la Comunidad Europea, pues hubiera podido subsanar dicha negativa individual mediante la compra a otros mayoristas de los productos de ese laboratorio, pudiendo venderlos, aunque con menor rentabilidad. Por ello, es necesario la negativa conjunta, pues sólo la conducta conscientemente paralela de todos los laboratorios ha conseguido obstaculizar a la recurrente.
- d) Considera que, frente a lo expuesto en el Acuerdo recurrido, existen indicios de la existencia de conducta conscientemente paralela, como ponen de manifiesto las propias declaraciones de los laboratorios denunciados para justificar la negativa de suministro a la recurrente y que, además, el Servicio no ha practicado toda la prueba solicitada por la recurrente ni está llevando este expediente conjuntamente con el que se sigue tras la denuncia formulada por Spain Pharma S.A., cuando, analizados conjuntamente ambos expedientes, demuestran la existencia de la conducta conscientemente paralela de los denunciados.
- e) Finalmente, por lo que se refiere a los contratos de licencia y la existencia de cláusulas restrictivas a la exportación, señala que no es correcto el sobreseimiento acordado por el Servicio con base al contenido de los contratos, toda vez que, si bien en ellos no existen dichas cláusulas limitativas, para demostrar la existencia de las mismas, hay que acudir a la prueba de presunciones, presentando por ello diversos “fax” dirigidos por algunos de los licenciarios a Spain Pharma S.A., que ponen de manifiesto la existencia real de dichas limitaciones.

Por todas las consideraciones expuestas, entiende la recurrente que procede la estimación del presente recurso, dejando, en consecuencia, sin

efecto el Acuerdo impugnado, ordenando al Servicio la continuación de la tramitación del expediente en relación con todas las presuntas infracciones denunciadas por la recurrente, solicitando también, mediante Otrosí, la práctica por este Tribunal de diversas pruebas.

Por su parte, el Servicio se opone a la estimación del presente recurso, reiterando los argumentos del Acuerdo impugnado, que considera que no han sido desvirtuados por la recurrente, así como las empresas denunciadas que, negando la existencia de las presuntas infracciones denunciadas por la recurrente, afirman la procedencia del sobreseimiento acordado.

2. El artículo 37.4 de la LDC dispone que “el Servicio podrá sobreseer el expediente, previa audiencia de los interesados”. De este precepto se desprende la capacidad del Director del Servicio de supeditar la continuación del procedimiento a la existencia o no de indicios racionales de que las conductas denunciadas tengan al menos una apariencia antijurídica. Por tanto, si de la tramitación hasta entonces practicada se desprende con toda evidencia que los hechos que están siendo enjuiciados no afectan al régimen de protección de la competencia, no puede forzarse la continuación de un expediente absolutamente inadecuado.

Partiendo, pues, de la facultad de acordar el sobreseimiento de un expediente atribuida al Director del Servicio, ha de analizarse si, en el presente caso, se ha ejercido o no conforme a Derecho.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la cuestión planteada por la recurrente, relativa a la insuficiencia de la instrucción realizada por el Servicio, al no haberse practicado las pruebas propuestas por ella y que reitera en este trámite, debe señalarse que el art. 48 de la LDC no prevé, en relación con la tramitación de los recursos, la práctica de pruebas y, si bien ello no significa que el Tribunal no pueda practicar las que estime necesarias, bien de oficio o a instancia de parte, es de indicar que, sólo excepcionalmente, se ha admitido por el Tribunal la práctica de pruebas en este trámite: cuando de la información obrante en el expediente no se disponga de los elementos necesarios para resolver el recurso y éstos no hayan podido ser aportados por las partes.

En el presente caso, teniendo en cuenta que el objeto de este expediente consiste en determinar si ha habido una negativa de suministro por parte de los denunciados, y si ésta responde a una práctica conscientemente paralela por parte de éstos, así como la imposición por parte de algunos de ellos de cláusulas limitativas de la competencia a sus licenciatarios, el

Servicio se ha dirigido a hacer constar la existencia o no de tales prácticas, y para ello ha requerido información a los denunciados sobre los motivos de su contestación a DIFAR, ha solicitado y examinado los contratos, así como ha realizado otras averiguaciones encaminadas a determinar la existencia de las conductas denunciadas. De la información obtenida ha estimado, como señala en el Acuerdo impugnado, que no existe la supuesta conducta conscientemente paralela ni cláusulas limitativas de la competencia en los contratos examinados, siguiéndose el expediente por un posible abuso de posición de dominio.

En consecuencia, se ha de entender que la información obrante en el expediente permite resolver el presente recurso, sin necesidad de acordar la práctica de otras pruebas solicitadas por la recurrente que, además, se dirigen respecto a la actuación de los denunciados con otros distribuidores y a la existencia o no del posible abuso de posición de dominio respecto del que se sigue el procedimiento.

Asimismo, las alegaciones que realiza la recurrente en relación con la acumulación que ha solicitado con el expediente seguido por denuncia de Spain Pharma S.A., también son rechazables, toda vez que la acumulación no es un deber de la Administración sino una potestad discrecional de ésta que, por tanto, puede o no acordarla, tal como se desprende del contenido del artículo 36. 5 de la LDC, en relación con el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, preceptos ambos que regulan dicha materia utilizando el término “*podrá*”.

3. Expuesto lo anterior, por lo que se refiere al fondo del asunto, este Tribunal coincide con el análisis y conclusiones que se contienen en el Acuerdo recurrido.

En efecto, como ha venido declarando reiteradamente este Tribunal (entre otras, Resolución 387/96, de 11-5-98), una práctica conscientemente paralela “es 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 los hechos, y 3) que no quepa concebir otra interpretación racional de los comportamientos supuestos”.

Pues bien, en el caso analizado, como señala el Acuerdo impugnado, el comportamiento de las empresas denunciadas ante la carta remitida por la hoy recurrente puede explicarse como una reacción autónoma de cada una de ellas y no con la finalidad pretendida por la recurrente, y ello no sólo por la libertad que les confiere la Ley del Medicamento de 20-12-1990 (art.77) y el Real Decreto 2259/1994 (art.1.3), sino también porque 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 del final del producto que pueda hacer presumir que la supuesta negativa de suministro por los laboratorios denunciados tuviera la finalidad que la recurrente afirma.

Tampoco existe indicio alguno de que a la hoy recurrente le haya sido negada la posibilidad de abastecerse con otros mayoristas, pues en los contratos de licencia aportados por algunos de los laboratorios denunciados no existen cláusulas restrictivas para la exportación de sus productos, sin que los escritos y fax que señala la recurrente puedan ser valorados en este expediente, habida cuenta de que, como señala el Acuerdo recurrido, se dirigen a otra empresa distinta de la recurrente, siendo objeto su examen de otro expediente.

En consecuencia, no pudiéndose apreciar la existencia de conducta conscientemente paralela a la que alude la recurrente, ni la de cláusulas restrictivas en los contratos de licencia, procede la desestimación del presente recurso, confirmandóse el Acuerdo impugnado.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal de Defensa de la Competencia

RESUELVE

1. Rechazar las pruebas propuestas por la representación de DIFAR Distribuciones Farmacéuticas S.L., por resultar improcedentes.
2. Desestimar el recurso interpuesto por DIFAR Distribuciones Farmacéuticas S.L. contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 5 de mayo de 2000.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, 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.