

Id. Cendoj: 28079230062005100014
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 26/01/2005
Nº de Recurso: 364/2001
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintiseis de enero de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 364/2001, se tramita, a

instancia de DIFAR, DISTRIBUCIONES FRAMACÉUTICAS, S.L., representada por la Procuradora

Dña. Belén Lombardía del Pozo, contra el Acuerdo de 5 de mayo de 2000, del Director General de

Política Económica y Defensa de la Competencia, y la Resolución del TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, de fecha 12 de febrero de 2001 (expediente 437/00), sobre prácticas

restrictivas de la competencia, en el que la Administración demandada ha estado representada y

defendida por el Sr. Abogado del Estado, y en el que han intervenido en calidad de codemandado

las sociedades:

- GLAXO WELLCOME, S.A., representada por el Procurador D. Amancio Amaro Vicente,
- ALMIRALL-PRODESFARMA, S.A. y LABORATORIOS DEL DR. ESTEVE, S.A., representadas

por el Procurador D. Eduardo Morales Price,

- PFIZER, S.A., representada por el Procurador D. Francisco José Abajo Abril,

- FAES, FÁBRICA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS, S.A., representada por el

Procurador D. Jorge Deleito García,

- MERCK SHARP & DOHME de España, S.A., representada por el Procurador D. Francisco José

Abajo Abril,

- LILLY, S.A., representada por la Procuradora Dña. Nuria Munar Serrano,

- ORGANÓN ESPAÑOLA, S.A., representada por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco, y

- LABORATORIOS ALTER, S.A., representada por la Procuradora Dña. Gloria Rincón Mayoral.

La cuantía del presente recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal de DIFAR, DISTRIBUCIONES FRAMACÉUTICAS, S.L, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 7 de abril de 2001, y la Sala, por providencia de fecha 23 de abril de 2001, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

La representación procesal de GLAXO WELLCOME, S.A., compareció en autos mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2001, y fue tenida por parte codemandada en providencia de 22 de mayo de 2001. Las representaciones procesales de ALMIRALL-PRODESFARMA, S.A. y LABORATORIOS DEL DR. ESTEVE, S.A. (escrito de fecha 22/5/2001), PFIZER, S.A. (escrito de 23/5/2001), FAES, FÁBRICA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS, S.A. (escrito 24/5/2001), MERCK SHARP & DOHME (escrito de 24/5/2001) y LILLY, S.A. (escrito de 25/5/2001), comparecieron en autos por escritos de las fechas que se han dicho y fueron tenidas por partes codemandadas en providencia de 20 de junio de 2001. La representación procesal de ORGANÓN ESPAÑOLA, S.A. compareció en autos por escrito de 20 de junio e 2001 y fue tenida por parte codemandada en providencia de fecha 9 de julio de 2001 y la representación procesal de LABORATORIOS ALTER, S.A. compareció en autos por escrito de 8 de junio de 2004 y fue tenida por parte codemandada en providencia de fecha 14 de junio de 2004

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el 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 su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del 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. Igualmente contestaron a la demanda, en su turno,

cada una de las partes codemandadas comparecidas a tiempo de dicho trámite procesal, alegando lo que consta en sus respectivos escritos.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 25 de enero de 2005.

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

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 12 de febrero de 2001, que en su parte dispositiva acordó:

Primero: Rechazar las pruebas propuestas por la representación de DIFAR Distribuciones Farmacéuticas S.L., por resultar improcedentes.

Segundo: 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.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) legalidad de las exportaciones paralelas de medicamentos en el ámbito de la Comunidad Europea, b) la negativa de suministro a DIFAR, S.L. por las empresas denunciadas constituye una conducta conscientemente paralela e infringe el artículo 1 LDC, c) las conductas de las empresas denunciadas son tendentes a evitar las exportaciones paralelas de medicamentos, c) las Resoluciones recurridas, al rechazar las pruebas propuestas por la actora, la dejan en situación de indefensión y vulneran el artículo 24 CE, y d) existencias de cláusulas restrictivas a la importación en los contratos de licencia.

El Abogado del Estado contesta que la negativa a contratar no puede considerarse ilegítima, no existe en este caso un comportamiento conscientemente paralelo de las empresas codemandadas, pues faltan los requisitos de comportamiento armonizado y que dicho comportamiento tenga por finalidad restringir la competencia.

Las empresas codemandadas sostienen en sus contestaciones a la demanda que su respectiva conducta fue individual y autónoma, sin concertación de ninguna clase con sus competidoras, y ni siquiera coincidencia, y por lo que se refiere a la existencia de cláusulas restrictivas a la importación en los contratos de licencia, las codemandadas afectadas negaron la existencia de dichas cláusulas.

TERCERO.- Ponen especial énfasis tanto la actora como las codemandadas en sus respectivos escritos de demanda y contestación, en delimitar los temas que son objeto del presente recurso. Resulta del expediente, y sobre ello existe acuerdo entre las partes, que las actuaciones en el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) se iniciaron en virtud de denuncia de la hoy parte actora, de fecha 4 de septiembre de 1998, (folios 2 a 329 del expediente del SDC) contra 8 empresas farmacéuticas y más adelante, la empresa hoy demandante presentó una nueva denuncia ante el SDC,

mediante escrito de 28 de abril de 1999 (folios 1759 a 1818 del expediente del SDC), contra la otra empresa farmacéutica. Las actuaciones del SDC en la investigación de los hechos se siguieron en el expediente 1873/98.

En dichos escritos la actora sostenía ante el SDC que las 9 empresas farmacéuticas denunciadas (las 8 partes codemandadas en este recurso, pues 2 de ellas intervienen bajo una misma representación) habían realizado actuaciones que constituían prácticas restrictivas de la competencia del artículo 1 LDC y abuso de posición de dominio del artículo 6 LDC.

El Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó, en fecha 5 de mayo de 2000, el sobreseimiento parcial del expediente 1873/98, en lo relativo a la infracción del artículo 1 LDC, continuando la tramitación del expediente en la investigación de la existencia de un abuso de posición de dominio del artículo 6 LDC. Este Acuerdo del SDC fue impugnado por la empresa demandante en alzada ante el TDC, que desestimó el recurso en su Resolución de 12 de febrero de 2001.

Lo que constituye el objeto de este recurso contencioso administrativo es la decisión de los servicios administrativos de defensa de la competencia de sobreseimiento parcial del expediente sancionador dirigido contra las 8 empresas codemandadas en lo relativo a su conducta infractora del artículo 1 LDC, sin que sea objeto de este recurso la cuestión relativa a si todas o alguna de las codemandadas ostentan una posición de dominio y han abusado de ella.

Más precisamente, el objeto del presente recurso consiste en decidir si las codemandas han infringido el artículo 1 LDC, en la forma que sostiene la demandante, esto es, mediante una conducta conscientemente paralela consistente en su negativa a suministrarle productos farmacéuticos, así como mediante el establecimiento, por parte de algunas de las codemandadas, de cláusulas de restricción a la exportación en sus contratos de licencia. A ello se une, para terminar de delimitar el objeto del presente recurso, la denegación de prueba acordada por el TDC en su Resolución de 12 de febrero de 2001.

CUARTO.- Sobre las diligencias de pruebas denegadas por el SDC y TDC, éstas consistían en: a) para todos los laboratorios denunciados, que se determinara en cuantos casos habían denegado el suministro a un mayorista de nueva implantación o a una oficina de farmacia y a cuantos nuevos mayoristas u oficinas de farmacia habían aperturado cuentas y realizados suministros, b) respecto de Laboratorios Esteve, S.A., determinar si las condiciones que impuso a la recurrente eran las mismas que impone a todos sus nuevos clientes, y c) en relación con FAES, que se determinaran determinadas cuestiones sobre el tratamiento dado de pedidos de la recurrente para su cumplimentación por GLAXO.

Tanto el SDC en su Acuerdo de 10 de mayo de 2000 como el TDC en su Resolución del 12 de febrero de 2001, explican los motivos de la denegación de dichas diligencias de prueba, que en su criterio no eran determinantes para los fines de la investigación que se estaba desarrollando.

Debe tenerse en cuenta que el SDC, a partir de la denuncia formulada por la parte actora, se ha dirigido a todas las empresas farmacéuticas denunciadas y ha completado un expediente que suma 5.750 folios, compuesto de 14 tomos, más otros 8 tomos confidenciales. Entre dicha documentación obran, desde luego, los contratos

de licencia realizados entre los codemandados y material suficiente para un pronunciamiento sobre la existencia de la infracción del artículo 1 LDC consistente en la existencia de cláusulas restrictivas de exportación en dichos contratos de licencia. Por otro lado, no tienen ninguna utilidad las pruebas denegadas en relación con la otra infracción del artículo 1 LDC denunciada, consistente en la concertación de las codemandadas en la negativa de suministro, pues dicha conducta se produce obviamente en el marco de las relaciones de las codemandadas con la recurrente, y a ella son ajenas las relaciones entre las codemandadas y terceros.

En todo caso, y a fin de evitar cualquier atisbo de indefensión, la Sala ha acordado la práctica de las pruebas que interesó la recurrente, que más adelante comentaremos.

QUINTO.- Como punto de partida, la recurrente realizaba en su denuncia ante el SDC y repetía en su recurso de alzada ante el TDC una exposición preliminar sobre la legalidad de la exportación paralela de medicamentos en el ámbito de la Comunidad europea, admitida por el TJCE, entre otras en su sentencia de 12 de noviembre de 1998 (asunto C-201/94). Añadía el recurrente, ya sin apoyo jurisprudencial, que los laboratorios farmacéuticos han puesto en práctica una nueva estrategia, consistente en negar el suministro de sus productos a los distribuidores farmacéuticos que los laboratorios consideran que pueden dedicarse a la exportación paralela, lo que ha sido considerado una infracción de la normativa europea sobre competencia por la Comisión europea, en su Decisión de 10 de enero de 1996 (caso Bayer Adalat).

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 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.

Para la recurrente este acuerdo entre las codemandadas se derivaría de la pertenencia de todas ellas a la Asociación patronal FARMAINDUSRIA, pero lo actuado en la investigación del SDC no da pie para sostener tal argumento, pues demuestra precisamente lo contrario. FARMAINDUSTRIA es una asociación que agrupa a alrededor de 140 empresas farmacéuticas, y la propia parte actora, al contestar la solicitud de información que le efectuó el SDC en providencia de 23/9/99, admite que todos los laboratorios farmacéuticos a los que se ha dirigido suministran sin problemas sus productos a DIFAR para la exportación paralela, salvo -evidentemente- los codemandados (folio 2628 del expediente del SDC), lo que demuestra que no existe una práctica en el seno del colectivo de los laboratorios farmacéuticos de oposición al suministro de productos a la recurrente.

SÉPTIMO.- La parte actora cita en su demanda algunas resoluciones del TDC y una sentencia de esta Sala, para sostener 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 199974). 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 inicio de relaciones comerciales, las alternativas de los fabricantes de productos farmacéuticos se reducen, en último extremo, únicamente a dos: la aceptación o no del ofrecimiento del nuevo 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).

OCTAVO.- En este caso, ante las primeras solicitudes efectuadas por la demandante de adquisición de productos farmacéuticos (en realidad, se trataba de una carta de presentación), los comportamientos de las empresas codemandadas fueron diferentes: a) algunas de las empresas codemandadas contestaron al demandante que tenían adecuadamente cubierto el suministro de productos y no necesitaban nuevos distribuidores (MERK SHARP & DOHM, S.A.), b) otras empresas sencillamente no contestaron al recurrente (ALMILRALL-PRODESFARMA, S.A.), c) otras codemandadas remitieron sus listas de precios y condiciones de pago al recurrente, si bien posteriormente no llegaron a establecerse entre ellos relaciones comerciales (PFIZER, S.A. y LILLY, S.A.), d) otras empresas remitieron a la recurrente sus condiciones de suministro, que esta consideró inaceptables (Laboratorios ALTER; S.A.), y finalmente, e) algunas codemandadas contestaron remitiendo sus listas de precios y llegaron a suministrar al recurrente alguna pequeña cantidad de sus productos (LABORATORIOS DR. ESTEVE, S.A., y FAES, S.A.).

Y tanto en sus actuaciones en el expediente administrativo como en sus contestaciones a la demanda, las empresas codemandadas indicaron las causas a que obedeció su negativa al suministro de productos a la recurrente que la Sala -al igual que hicieron en su momento el SDC y el TDC- estima que constituyen alternativas razonables a la existencia de concertación.

Un grupo de las empresas codemandadas mantiene que decidió no iniciar relaciones comerciales con la demandante porque tenía suficientemente cubiertas sus

necesidades de distribución en el territorio nacional y en particular en la zona noroeste de Madrid, que es donde al parecer la demandante pensaba iniciar su actividad. Así resulta acreditado en el expediente que las empresas codemandadas que esgrimieron esta razón para no suministrar productos a la demandante, tenían efectivamente, en el momento de recibir las cartas de presentación, una importante red de distribuidores, como es el caso GLAXO (88 distribuidores en España, 13 de ellos en la C.A. de Madrid), PFIZER (94 distribuidores en territorio nacional, 13 de ellos en Madrid), MERCK (90 distribuidores en total) y LILLY (86 distribuidores, de ellos 10 en Madrid).

Otro grupo de empresas codemandadas explica que no mantuvo relaciones comerciales con la actora debido a su escasa confianza y credibilidad, así como al carácter agresivo de sus cartas. Este argumento es ofrecido por LABORATORIOS DR. ESTEVE, ALMIRALL, ORGANON y FAES, y también tiene soporte probatorio suficiente, pues la demandante es una sociedad que se constituyó con un capital social de 500.000 pesetas y que obtuvo el 26 de enero de 1998 autorización de la Comunidad de Madrid para la apertura y funcionamiento de un almacén de distribución de especialidades farmacéuticos. De acuerdo con el Proyecto presentado por la actora a la Comunidad de Madrid, DIFAR contaba con una nave industrial en Collado Villalba, con una superficie de 240 m², de los que 146 m² estaban dedicados a almacén (folio 384 del expediente SDC), y había efectuado una inversión en maquinaria de 65.000 pesetas, de ellas 50.000 pesetas para estanterías y 15.000 pesetas para un termo de 30 litros de capacidad (folios 394 y 424 del expediente), aunque parece que también contaba -según sus afirmaciones- con un frigorífico con un coste superior a 800.000 pesetas y una furgoneta (folio 340). A los pocos días de la autorización, en el mes de febrero y marzo de 1998, dirigió sus primeras cartas de presentación a las empresas codemandadas, reiterándolas por conducto notarial, aunque en ocasiones (comunicación a GLAXO de 18/2/98) utilizó desde el primer momento la comunicación por conducto notarial (folios 86 a 96 expediente SDC). Dicha forma de comunicación, a través de cartas certificadas y mediante conducto notarial, así como el tono empleado en los escritos, en los que se aludía a la posición dominante de los destinatarios y califica de inaceptable la negativa de suministro (folios 59 a 61), no parece, efectivamente, la más forma cordial en el inicio de unas relaciones comerciales.

En definitiva, la Sala estima que son razonables los motivos o razones expuestos por las codemandadas acerca de su negativa a suministrar sus productos a la recurrente, como tener suficientemente cubiertas sus necesidades de suministro, o la escasa credibilidad y confianza que les inspiraba la recurrente o el tono agresivo de sus comunicaciones, y que dichas razones o motivos explican suficientemente tal conducta negativa de suministro sin necesidad de acudir a la presunción de la concertación entre todas ellas.

NOVENO.- La prueba practicada en autos, consistente en requerir a las empresas codemandadas para que informaran sobre si habían o no entablado relaciones con nuevos distribuidores en el período 1997/99 poca utilidad puede tener en relación con la conducta denunciada que se refiere exclusivamente al comportamiento de las codemandadas con la recurrente. Pero en todo caso, sirve dicha prueba para demostrar que entre las codemandadas ni siquiera existía concertación en relación con la política a seguir respecto de nuevos distribuidores, pues mientras algunas de ellas han abierto cuenta en dicho período a nuevos mayoristas, como ESTEVE (8 mayoristas), PFIZER (3 mayoristas) y LILLY (2 mayoristas), otras no han entablado en dicho período nuevas relaciones de distribución al por mayor (MERCK y GLAXO).

DÉCIMO.- La segunda imputación de la demanda se refiere a las cláusulas de los contratos de licencia celebrados: a) entre PFIZER y ALMIRALL-PRODESFARMA, ALTER y ESTEVE, y b) entre GLAXO y FAES, ALMIRALL-PRODESFARMA y ALTER, que según la actora contienen cláusulas contrarias a la competencia, consistentes en prohibir la exportación de medicamentos a otros Estados miembros de la Unión europea.

En realidad, la denuncia formulada por la demandante afirmaba categóricamente que dichos contratos de licencia incluían cláusulas expresas de prohibición de exportación a otros países miembros de la Unión Europea, si bien, tras unirse los contratos de licencia al expediente administrativo, y tras afirmar tanto el SDC como el TDC que dichos contratos no contenían cláusulas de prohibición de exportación de la clase denunciadas, la recurrente mantiene en su demanda que dichas cláusulas deben entenderse existentes por presunciones.

Es un contrasentido hablar de la existencia de cláusulas contractuales por presunciones, pues las cláusulas de los contratos -por definición- son las que expresamente convienen las partes. Esta Sala ha vuelto a revisar dichos contratos, que obran en los tomos declarados confidenciales, y coincide con el SDC y TDC en la apreciación de que dichos contratos no contienen cláusulas de prohibición de venta de productos farmacéuticos para su exportación a otros Estados de la Unión Europea.

Si el recurrente con su expresión de cláusulas contractuales por presunciones se está refiriendo a que, a través de la prueba de indicios, debe llegarse a la conclusión de que existe una concertación entre las codemandadas para limitar la exportación de los productos farmacéuticos que suministran, cabe remitirse a lo anteriormente razonado en esta sentencia sobre la utilización de dicha prueba por presunciones. En esta ocasión los indicios que cita el recurrente son más que frágiles, como por ejemplo, conversaciones telefónicas que la propio recurrente manifiesta haber mantenido con las codemandadas, en las que estas admiten la existencia de dicha prohibición, lo que las codemandadas niegan, y en modo alguno esos indicios conducen inequívocamente a la conclusión de la existencia de la concertación denunciada.

Por estar razones, procede la desestimación de la demanda.

DÉCIMOPRIMERO.- 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 Contencioso Administrativa .

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de 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 y Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 12 de febrero de 2001, que declaramos ajustadas a derecho en los términos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo

248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-