

## **RESOLUCIÓN (Expte. MC 34/02, FEDIFAR)**

### **PLENO**

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Antonio

En Madrid, a 21 de marzo de 2002.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente MC 34/02 (2339/01 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio), de medidas cautelares propuestas por el Servicio, a instancia de PFIZER S. A., en el curso del expediente sancionador que se sigue por su denuncia contra la Federación Nacional de Asociaciones de Mayoristas Distribuidores de Especialidades Farmacéuticas (FEDIFAR) y las asociaciones miembros de FEDIFAR, esto es, Asociación Empresarial de Cooperativas Farmacéuticas (ASECOFARMA), Asociación Grupo Safa (GRUPO SAFA), Consorcio de Mayoristas -también denominado "Grupo Farmacen"- (CONSORCIO DE MAYORISTAS), Distribuidores Farmacéuticos Asociados (COFARES) y Asociación de Centros Farmacéuticos (DISTRIFARMA-ACFESA), Unión Farmacéutica Guipuzcoana, S.A., Sociedad Reguladora de Compras del Mediterráneo (RECOMED), Centro Farmacéutico del Norte, S.A. (CENFARTE), Centro Farmacéutico, S.A. así como contra cualesquiera otras compañías mayoristas, miembros últimos de FEDIFAR, involucradas, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias a los artículos 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 81.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) consistentes en prácticas colusorias y acuerdo de boicot empresarial a PFIZER S.A.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 29 de noviembre de 2001 tuvo entrada en el Servicio un escrito por el que D. Vicente Morales, en nombre y representación de la empresa PFIZER, S.A., formulaba denuncia contra las siguientes entidades:

1.1. la Federación Nacional de Asociaciones de Mayoristas Distribuidores de Especialidades Farmacéuticas (FEDIFAR);

1.2. las asociaciones miembros de FEDIFAR, esto es, Asociación Empresarial de Cooperativas Farmacéuticas (ASECOFARMA), Asociación Grupo Safa (GRUPO SAFA), Consorcio de Mayoristas - también denominado "Grupo Farmacen"- (CONSORCIO DE MAYORISTAS), Distribuidores Farmacéuticos Asociados (COFARES) y Asociación de Centros Farmacéuticos (DISTRIFARMA-ACFESA);

1.3. las compañías mayoristas Unión Farmacéutica Guipuzcoana, S.A. (UNIÓN FARMACÉUTICA GUIPUZCOANA), Sociedad Reguladora de Compras del Mediterráneo (RECOMED), Centro Farmacéutico del Norte, S.A. (CENFARTE), Centro Farmacéutico, S.A. (CENTRO FARMACÉUTICO); y

1.4. cualesquiera otras compañías mayoristas, miembros últimos de FEDIFAR, involucradas en la comisión de las conductas objeto de la denuncia.

En la denuncia se señala que, a partir del 2 de junio de 2001, PFIZER comenzó a aplicar una nueva política comercial basada en lo establecido en el art. 100 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Previamente PFIZER había notificado sus intenciones a todas las compañías mayoristas que distribuyen sus productos, indicando que, bajo el art. 100.2 de dicha Ley, los laboratorios tienen, en principio, libertad para la fijación de los precios de sus especialidades farmacéuticas, si bien el mismo artículo también impone a los laboratorios la obligación de sustituir esos precios libremente determinados por los precios regulados establecidos por la Administración cuando se cumplan los dos requisitos igualmente definidos en el citado artículo: que se trate de especialidades farmacéuticas financiadas por la Seguridad Social y que se dispensen en España. De acuerdo con esto, PFIZER adjuntaba una lista de precios fijados libremente por el laboratorio a sus productos y otra con

los precios establecidos por la Administración. Estos últimos reemplazarían automáticamente a los primeros siempre que los productos cumplieran los dos requisitos mencionados. En aplicación de este sistema, la factura que emitiría PFIZER en lo relativo a los productos financiados con fondos públicos llevaría automáticamente incluido un descuento provisional por la diferencia entre los precios libremente determinados por PFIZER y los precios regulados establecidos por la Administración Sanitaria. Este descuento provisional estaría condicionado a la demostración razonable por parte del mayorista, en un plazo de seis meses a partir del día de suministro, de que el lugar de dispensación había sido el territorio nacional. Si tal demostración no se produjera, el descuento provisional quedaría cancelado y PFIZER enviaría una factura correctora al objeto de reclamar la diferencia entre los precios.

El denunciante señalaba también que, desde la implantación por PFIZER el 1 de junio de 2001 de una política comercial al amparo del artículo 100 de la Ley 55/1999 (el "Artículo 100"), las compañías mayoristas y asociaciones sectoriales denunciadas han atacado la nueva política comercial de esta compañía utilizando una estrategia común que sólo puede explicarse como el fruto de una práctica colusoria de estas compañías y asociaciones denunciadas.

Las conductas denunciadas, siempre según el denunciante, son las siguientes:

- a) el envío a PFIZER de cartas con un mensaje y contenido concertado entre dichas compañías en el seno de las asociaciones denunciadas que, en ocasiones, llegan incluso a contener párrafos idénticos;
- b) la concertación por parte de algunos mayoristas en relación con una estrategia artificiosa e irregular para boicotear la actividad comercial de PFIZER consistente en eludir el cobro por PFIZER de los ingresos por sus ventas mediante la consignación de las cantidades facturadas por PFIZER por el suministro de sus medicamentos; y
- c) la negativa común a remitir la información necesaria para la aplicación de la nueva política comercial de PFIZER al amparo del artículo 100 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

Dichas conductas, para el denunciante, "constituyen acuerdos y prácticas

concertadas entre las compañías denunciadas", así como "un acuerdo de boicot empresarial a PFIZER" y "prueba de adopción por FEDIFAR y por las asociaciones miembros de esta federación de decisiones y recomendaciones colectivas", todo lo cual considera contrario a los artículos 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 81.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE).

2. El denunciante, en el mismo escrito de la denuncia, solicita la adopción por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de determinada medida cautelar tripartita cuyo tenor es el siguiente:

"ordenar a las asociaciones y compañías mayoristas denunciadas el cese inmediato de cuantos acuerdos, prácticas concertadas, decisiones o recomendaciones colectivas hubieran concluido y, en particular, ordenar:

- (i) a UNIÓN FARMACÉUTICA GUIPUZCOANA, CENFARTE, RECOMED Y CENTRO FARMACÉUTICO el pago inmediato a PFIZER de cuantas sumas pendientes de ser abonadas a esta compañía por el suministro de medicamentos ya realizados se encuentren consignadas en Juzgados de Primera Instancia;
  - (ii) a las compañías mencionadas en el apartado anterior y a las demás compañías mayoristas miembros indirectos de FEDIFAR que se abstenga de llevar a cabo futuras consignaciones judiciales por el pago de los medicamentos que les sean suministrados por PFIZER,
  - (iii) a FEDIFAR y a las asociaciones ASECOFARMA, GRUPO SAFA, CONSORCIO DE MAYORISTAS, COFARES Y DISTRIFARMA-ACFESA, el envío urgente a todos sus miembros de una circular en la que se indique expresamente la absoluta libertad de comportamiento de la que goza cada uno de sus miembros en relación con la aplicación de la nueva política comercial de PFIZER".
3. Por Providencia de fecha 14 de enero de 2002 el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó, de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 4 del artículo 36 de la LDC, la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador.
  4. En la misma Providencia del 14 de enero de 2002, el Servicio acuerda proponer al TDC la adopción de las mismas medidas cautelares solicitadas por Pfizer y que se transcriben en el apartado 2 de estos Antecedentes de Hecho. Añade que no se fije fianza, salvo superior criterio del TDC, y que se imponga multa coercitiva en caso de incumplimiento de las medidas

acordadas.

5. El 17 de enero de 2002 tiene entrada en el Tribunal la propuesta por parte del Servicio sobre la adopción de las citadas medidas cautelares. En ella se señala, junto con el recordatorio de los requisitos que deben concurrir para que proceda la adopción de medidas cautelares y subrayar también que, como ha declarado el TDC en varias ocasiones, ***Alas medidas cautelares son excepcionales y se adoptan, sin prejuzgar el fondo del asunto que se discute, a la vista de los datos existentes en el expediente en el momento***, que Aen el presente caso, los hechos denunciados por PFIZER (concertación de operadores, con utilización irregular del procedimiento de consignación) cuentan con un soporte documental que muestra una respuesta común de determinados operadores como reacción ante la consideración como provisionales de las facturas emitidas por el laboratorio denunciante a partir de una fecha, manifestada en las cartas dirigidas por los mayoristas a PFIZER, unas coincidentes en gran parte de su redacción y otras absolutamente idénticas, así como en la utilización de la consignación judicial de las cantidades debidas por los suministros. En principio, podría pensarse que se trata de una controversia sobre cantidades a pagar, desacuerdo del que se ha derivado la respuesta expresada en la consignación de cantidades o los impagos aludidos, en lugar de proceder al pago de los suministros según lo pactado entre las partes, y que todo ello debería ser ventilado ante la jurisdicción civil y no ante los organismos administrativos encargados de la defensa de la competencia. Este sería el proceder adecuado si PFIZER se hubiera negado a recibir el pago, pero ni es así, ni el importe de las facturas es discutido por los mayoristas. La actuación de estos al consignar el importe de las facturas podría considerarse como un mecanismo de presión para obligar a PFIZER a modificar su política comercial. La postura de los mayoristas denunciados, significativamente igual, obedecería a algún tipo de concertación que no parece tener justificación en el marco de una relación comercial habitual y posría conceptuarse como infracción del artículo 1 de la LDC, con lo que el primer requisito para la adopción de medidas cautelares estaría cumplido (***fumus boni iuris***).

En cuanto al segundo requisito, el ***periculum in mora***, ha de valorarse teniendo en cuenta el hecho de que la Ley 25/1990, del Medicamento, aunque no impone a los laboratorios la utilización de intermediarios (mayoristas) para distribuir sus productos -si bien dicha utilización se produce de forma generalizada- sí les obliga a mantener el suministro continuado de medicamentos al mercado nacional, lo que hace que la denunciante deba seguir suministrando sus productos pese a no recibir el correspondiente pago

*si no es cun un apreciable retraso derivado de la consignación del mismo por las denunciadas o incluso, como puede desprenderse del informe pericial aportado por PFIZER, sufrir el impago de las facturas. Habida cuenta que, según manifiesta el denunciante, el conjunto de los pagos retenidos por efecto de la consignación y/o impago alcanza un valor importante, que puede incrementarse con el tiempo y con el posible seguimiento del mismo sistema por otros mayoristas, el efecto combinado de pagos retenidos y demora en su efectivo cobro podría afectar a la actividad de la empresa y a su funcionamiento en el mercado. En este sentido, la medida cautelar a adoptar respondería a la finalidad esencial de mantener una situación de hecho o de derecho, constituyendo un **Aprocedimiento conservativo**®. Se trata de que la relación comercial recobre su fluidez: el suministro de especialidades de la empresa denunciante debe corresponderse con el pago del importe del mismo por las denunciadas de acuerdo con las condiciones generales de pago pactadas entre las compañías, como dice a este respecto el Auto del Juzgado de 10 instancia n1 2 de San Sebastián frente a la consignación efectuada por Unión Farmacéutica Guipuzcoana, S.A. sin otros trámites que los usuales del comercio, entre los que no puede contarse el tener que instar un procedimiento judicial para obtener el cobro por cada suministro facturado.*

Por fin, acaba señalando también el Servicio que las medidas cautelares solicitadas no parece que sean susceptibles de causar perjuicios irreparables a las denunciadas, puesto que el pago de los suministros a PFIZER al precio fijado por la Administración han de efectuarlo en todo caso.

6. El 22 de enero de 2002, antes de dar a las partes el trámite de alegaciones, se recibe en el Tribunal un escrito de FEDIFAR alegando violación del principio de contradicción, falta de trámite de alegaciones ante el SDC, falta de una mínima instrucción y falta de consulta con las autoridades comunitarias sobre la adopción de medidas cautelares en un expediente que entienden directamente relacionado con otro abierto ante la DGCOMP de la Comisión Europea.
7. Por Providencia de 23 de enero de 2002, se incoa expediente, se designa Ponente y se remite copia del escrito del Servicio a los interesados a fin de que, en el plazo de cinco días, formulen las alegaciones que consideraran oportunas.
8. Tanto en el plazo inicial como en las prórrogas solicitadas y concedidas con fecha 6 de febrero de 2002, se recibieron numerosos escritos y documentación.

8.1.1. FEDIFAR, en un amplio escrito y con aportación de varios anexos de documentación, resumidamente alega que Pfizer en los pedidos que sirvió a partir de 1 de junio, incluyó una leyenda en las facturas que las convertía en un pago a cuenta de una futura cantidad indeterminada que sería liquidable en el plazo de seis meses. La leyenda nueva decía: "Sin perjuicio de la posterior liquidación que proceda de acuerdo con lo dispuesto en dichas facturas al amparo de lo previsto en el artículo 100 de la Ley 25/1002 del Medicamento, si en el plazo de seis meses no acreditan el cumplimiento de lo recogido en dicho precepto". El efecto práctico, según FEDIFAR, de este albarán consistiría en que, de satisfacerse el importe reflejado en el mismo sin advertencia especial, podría entenderse que el cliente aceptaba no sólo su obligación de suministrar determinadas informaciones a Pfizer, sino, especialmente, la consideración del pago como eventual de la cantidad que Pfizer recibiera.

Solicitado dictamen sobre las diferentes alternativas que los distribuidores tenían abiertas, FEDIFAR envió una carta a sus Asociaciones en la que se planteaban cuatro alternativas: 1) Aceptación de las nuevas condiciones contractuales de PFIZER; 2) Pagos y formulación de protesta; 3) Pago consignado, ante la justicia ordinaria o ante un notario; y 4) Negativa a pagar. Por la propia naturaleza múltiple de las alternativas, dice FEDIFAR, la carta no podía constituir recomendación alguna para ningún distribuidor. Incluso se incluía una advertencia final que textualmente decía: "Entendemos que, con independencia de la opinión que FEDIFAR ha expresado respecto a la iniciativa de PFIZER, cada una de las empresas asociadas goza de plena libertad para reaccionar a esta situación en la forma que estime más adecuada. La presente carta no contiene por ello instrucción o directriz alguna, limitándose a exponer las alternativas al alcance de las empresas de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente".

8.1.2. Señala también FEDIFAR que, de las 72 empresas agrupadas en las cinco Asociaciones que forman parte de FEDIFAR; ocho han procedido a pagar las facturas normalmente sin formular ningún tipo de protesta sobre la leyenda; veintidós han procedido al pago de facturas enviando algún tipo de mensaje a PFIZER en el que expresaban en diferente medida su rechazo o disconformidad con las nuevas condiciones generales de venta; del resto FEDIFAR dice no haber obtenido

información respecto de qué postura han adoptado. Cuatro empresas, que optaron por el pago consignado judicialmente, efectuaron cada una la consignación de manera diferente.

De ello entiende que no es necesario explicar cómo se ha producido una amplia gama de reacciones distintas ante una misma realidad existiendo, por tanto, una explicación alternativa a la coincidencia de reacciones.

8.1.3. Por otra parte, argumenta que, incluso si se aceptase a efectos puramente dialécticos que hubiera habido concertación, el remedio para esta situación no puede ser no oponerse, en general, o no consignar, en particular, sino no concertarse, pues de otro modo el TDC estaría sustituyendo, por una parte, al juez civil y a la Comisión Europea, que son quienes deben decidir si hay razones individuales de cada distribuidor para oponerse en general, por razones de Derecho civil o comunitario a las facturas y a la política de doble precio de Pfizer; y, por otro, al juez civil de nuevo, que es quien debe decidir si la consignación es o no un método lícito de plantear una disputa comercial respecto al contenido de las facturas. Por ello, independientemente de la falta de conexión que existe entre la supuesta concertación para oponerse al doble precio de Pfizer y la medida cautelar solicitada que es poner fin a las consignaciones, existe una incongruencia en la propia naturaleza de las medidas cautelares solicitadas.

8.2. Los demás denunciados en el expediente principal contra quienes se solicita la adopción de medidas cautelares alegan, resumidamente y tomando como ejemplo lo señalado por RECOMED, lo siguiente:

8.2.1. que la modificación de las condiciones generales de venta que rigen las relaciones comerciales entre ambas partes, consistía en la introducción de un doble precio para aquellos productos que fuesen vendidos fuera de España acompañando Pfizer a la carta de comunicación una lista con los dos precios para cada producto. El aumento porcentual del precio de exportación respecto del precio nacional hace en la práctica imposible la exportación de productos Pfizer desde España a otros países de la Unión Europea.

8.2.2. que cuando, a partir del 2 de junio de 2001, Pfizer comenzó a emitir facturas incluyendo un texto que daba a entender



que el pago era una mera cantidad a cuenta sin carácter liberatorio, RECOMED, tras requerir a Pfizer para que modificase la incorrección formal y al no ser atendido por ésta, decidió, de manera absolutamente autónoma y sin tener en consideración la actuación en el mercado de ninguna otra empresa competidora, proceder al pago consignado de las cantidades que Pfizer le giraba y con expresa sumisión a lo así establecido en los artículos 1176 a 1181 del Código Civil y los artículos 1811 a 1824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se relaciona el número de Autos y el resultado de los mismos: consignaciones judiciales 502/2001, 612/2001, 747/2001, 750/2001, 786/2001, 759/2001, 589/2001, 752/2001, 901/2001, 924/2001, 1120/2001, 948/2001, 44/2002, 48/2002 y 69/2002, todas ellas en distintos juzgados de Murcia. Señala RECOMED que Pfizer se ha opuesto a las apelaciones adjuntando a cada uno de los expedientes el Acuerdo del Servicio con objeto de perjudicar sus derechos haciendo creer al Juzgado de 10 Instancia que la conducta de RECOMED es ilícita, como si la propuesta del Servicio fuera ya una condena en firme por prácticas colusorias.

8.2.3. que el procedimiento ha sido incoado por el Servicio sin llevar a cabo ningún acto de investigación o contradicción, lo que ha llevado a dar por buenas todas las afirmaciones hechas por Pfizer en su denuncia.

8.2.4. que, en lo que respecta a la falta de apariencia de buen derecho, señala que RECOMED no ha procedido a pagar con protesta, sino que ha realizado un pago consignado, no existiendo prueba alguna de que se concertase con ninguno de sus competidores para proceder al pago consignado de las facturas de Pfizer. La apariencia de buen derecho se basa en cartas de empresas mayoristas que pagaron mostrando su disconformidad con la leyenda de pago provisional de las facturas ya que la acusación de fondo es la concertación para negarse a aplicar la modificación de las condiciones generales de venta.

8.2.5. que el pago consignado ante un Juzgado de Primera Instancia no es un procedimiento que queda al arbitrio del deudor, sino que se trata de un procedimiento de pago bajo estricto control de las autoridades judiciales quienes mediante Auto, tienen que reconocer la consignación como bien formulada.

Partiendo de que el pago por consignación ha de sustanciarse

necesariamente ante la Jurisdicción ordinaria, que tiene competencia exclusiva para decidir en cuanto a su admisión o inadmisión, y que la Audiencia Provincial de Murcia ya ha resuelto a favor de la procedencia de esta vía procesal para el asunto que ahora tratamos, el Servicio yerra al calificar la consignación como "procedimiento irregular" faltando, pues, la apariencia de buen derecho en la propuesta del Servicio para proceder a la adopción de medidas cautelares.

8.2.6. que, por lo que respecta al *periculum in mora*, Pfizer presenta la consignación como un impago. El Tribunal debe bien conocer que el pago consignado es una forma litigiosa de liberación de las obligaciones de pago; el dinero está a disposición de Pfizer en el juzgado y en ningún momento se puede considerar como un daño financiero un dinero que es líquido para el acreedor.

Por otra parte, aunque el Servicio justifica la urgencia en la hipotética posibilidad futura de que más empresas mayoristas recurran al pago consignado, RECOMED, como empresa que ha optado individualmente por el pago mediante consignación, no alcanza a ver el peligro de ilícito concurrencial en futuras decisiones autónomas de otros mayoristas de proceder al pago consignado, cuando el ilícito reside en una inexistente concertación de voluntades.

8.2.7. que RECOMED subraya que la hipotética adopción de medidas cautelares en los términos propuestos por el Servicio le ocasionaría perjuicios irreparables y se violarían sus derechos fundamentales. Respecto del perjuicio irreparable, RECOMED recuerda que los pagos consignados que ha realizado han sido en su totalidad respaldados por la autoridad judicial competente y en particular por la Sala Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia. Mediante la petición de medidas cautelares, Pfizer no intenta sino privar de efectividad a estas resoluciones judiciales. La adopción por el Tribunal de Defensa de la Competencia de las medidas propuestas supondría someter a RECOMED a unas condiciones generales de venta que son gravemente dañinas para sus intereses comerciales. En particular, el Tribunal sometería a RECOMED a la posibilidad de tener que hacer frente a facturas complementarias por cantidades indeterminadas y potencialmente desestabilizadoras del equilibrio financiero de RECOMED.

8.2.8. que es preciso reiterar que tan sólo cuatro de las más de setenta distribuidoras han llevado a cabo la consignación; que la elección del medio jurídico y procesal ha sido absolutamente autónoma, independiente y libre; que ha sido llevada a la práctica mediante la correcta argumentación en base a un instrumento legal y procesal reconocido por el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Constitución; y que los Tribunales de Justicia, únicos competentes para tratar de estos asuntos según establece la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha corroborado su justa y lícita viabilidad.

8.3. Por su parte, PFIZER, en otro amplio escrito de alegaciones, se reitera en los argumentos iniciales respondiendo, a su vez, a lo manifestado por las otras partes.

8.3.1. Así, señala que la medida cautelar solicitada por el Servicio a instancia de Pfizer tiene un doble objetivo: 1) que los mayoristas farmacéuticos denunciados renuncien a conducirse en el mercado de un modo concertado en el seno de las Asociaciones a las que pertenecen y 2) que determinados mayoristas denunciados abonen en tiempo y forma a Pfizer las cantidades indicadas en las facturas emitidas por el suministro de sus productos, para lo cual resulta imprescindible obligar a dichos mayoristas a abandonar su reiterada y colusoria política de impagos y consignaciones artificiales de dichas cantidades.

8.3.2. También recuerda los requisitos enumerados por ejemplo en la Resolución de 16 de diciembre de 1996 (Expte. MC 14/96, Airtel/ Telefónica 2) para la adopción de medidas cautelares explicando que en este caso concurren todos y cada uno de ellos. El Servicio, en su actuación, ha respetado escrupulosamente todos los elementos procedimentales necesarios para solicitar estas medidas cautelares en contra de lo indicado por FEDIFAR.

8.3.3. La existencia del *fumus boni iuris* lo fundamenta en el paralelismo e identidad en el comportamiento de los mayoristas y asociaciones denunciadas con aportación de diferentes indicios de este paralelismo y coincidencia; en la inexistencia de una explicación plausible alternativa a la concertación; en que la única explicación de esta conducta es la concertación; que la conducta concertada de FEDIFAR y las mayoristas denunciadas

carece de toda justificación y que, en definitiva, en base a todo lo aportado no cabe sino concluir la existencia de una serie de conductas, decisiones y/o recomendaciones por parte de las asociaciones y mayoristas denunciadas contrarias a los artículos de la LDC y 81.1 del TCE, a la luz de la reiterada jurisprudencia nacional y comunitaria.

La existencia de *periculum in mora* es considerado como acreditado por el daño sufrido por PFIZER, por la imposibilidad de que PFIZER pueda poner en práctica una política comercial amparada por una Ley, el gravísimo perjuicio económico para la compañía como consecuencia de la política artificiosa y concertada de consignaciones judiciales y la imperiosa necesidad de intervención cautelar del TDC.

8.3.4. Añade Pfizer la concurrencia del requisito de que la medida cautelar sea propuesta por el Servicio de oficio o a instancia de parte interesada; la concurrencia también del requisito de respeto al principio de contradicción y el de tramitación breve y simplificada de la medida propuesta, el de equilibrio y el de provisionalidad.

Como fundamento añadido de sus alegaciones aporta también diversa documentación.

9. El Pleno del Tribunal deliberó respecto a este expediente, primero, por cuestión incidental, el día 29 de enero de 2002 y, posteriormente, vistas las alegaciones de las partes, deliberó y falló definitivamente en las sesiones plenarias de los días 27 de febrero de 2002 y 6 de marzo siguiente, encargando la redacción de la Resolución al Vocal Ponente.
10. Son interesados:
  - Pfizer S.A.
  - Federación Nacional de Asociaciones de Mayoristas Distribuidores de Especialidades Farmacéuticas (FEDIFAR)
  - Asociación Empresarial de Cooperativas Farmacéuticas (ASECOFARMA)
  - Asociación Grupo Safa.
  - Consorcio de Mayoristas (Grupo Farmacén).
  - Distribuidores Farmacéuticos Asociados (COFARES)
  - Asociación de Centros Farmacéuticos (DISTRIFARMA-ACFESA)
  - Unión Farmacéutica Guipuzcoana S.A.
  - Sociedad Reguladora de Compras del Mediterráneo (RECOMED)

- Centro Farmacéutico del Norte S.A. (CENFARTE)
- Centro Farmacéutico S.A.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Ante la cada vez más intensa actividad contenciosa, también en asuntos que se refieren a la defensa de la competencia, cabe recordar que el legislador, entroncando con la jurisprudencia constitucional, ha tratado de mermar las conductas nocivas de quienes, siendo conscientes de no tener razón, intentan retrasar la hora del cumplimiento de sus obligaciones. Por ello, las llamadas medidas cautelares, que van dirigidas siempre a que se asegure la efectividad de la resolución estimatoria que pudiera al fin dictarse, permiten reequilibrar desde el inicio del proceso y sin necesidad de esperar a las lejanas sentencias firmes, la situación real de que se parte, cuando ésta aparece en términos suficientemente claros. La medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder la finalidad legítima a la denuncia, no bastando la simple apariencia y siempre previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. En el ordenamiento jurídico, por lo tanto, las medidas cautelares han de resultar necesarias para asegurar la eficacia de la Resolución que en su momento se dicte o, lo que es lo mismo, que, de esperarse a la Resolución definitiva sin adoptar medidas cautelares, aquélla resultase totalmente ineficaz o se viere sensiblemente disminuida en su eficacia.

En lo que se refiere al Derecho español de la competencia, en sintonía con el Derecho comunitario y nuestra jurisprudencia constitucional, la LDC establece las medidas cautelares en su artículo 45 y confía su adopción al TDC. Dicho artículo contiene una estricta disciplina de estas medidas tendentes a asegurar la eficacia de la Resolución que en su momento se dicte pero, en cualquier caso, siempre están limitadas, por una parte, a que no puedan originar perjuicios irreparables a los interesados y, por otra, a que no impliquen violación de derechos fundamentales.

**SEGUNDO.** La injerencia que puede producir la adopción de una medida cautelar en la esfera del sujeto pasivo impide que ésta pueda adoptarse en

base a una petición pura y simple, por lo que habrá de tenerse presente la concurrencia de los requisitos establecidos y, en todo caso, los principios informadores de la protección cautelar, unánimemente reconocidos por la doctrina, que son el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho o seriedad de la pretensión frente a la debilidad o convencionalismo de la oposición y el *periculum in mora* o peligro de perjuicio serio si la medida se retrasa o urgencia por la demora en la resolución del pleito principal que puede causar perjuicios claramente significativos. Es decir, el perjuicio ha de ser grave, no cualquier incomodidad.

La apariencia de buen derecho en las medidas cautelares se sitúa entre la certeza que se establecerá en la Resolución final y la incertidumbre inicial de cualquier procedimiento, de tal forma que para su adopción baste una apariencia fundada en la verdad del derecho alegado lo que, no obstante, exigirá la determinación de la situación jurídica protegible y el grado de demostración necesario y suficiente. Ese grado de demostración necesario y suficiente para la procedencia de las medidas, debe resolverse en términos de verosimilitud, referida aquí al acto concurrencial contrario a la libre competencia.

**TERCERO.** En el caso que ahora se resuelve, las medidas cautelares se solicitan a la vez que se denuncia la conducta supuestamente transgresora de la LDC. El Servicio, a renglón seguido de incoar expediente, las propone al Tribunal con el mismo tenor literal.

En la denuncia se señala que, a partir del 2 de junio de 2001, PFIZER comenzó a aplicar una nueva política comercial basada en lo establecido en el art. 100 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Previamente PFIZER había notificado sus intenciones a todas las compañías mayoristas que distribuyen sus productos, indicando que, bajo el art. 100.2 de dicha Ley, los laboratorios tienen, en principio, libertad para la fijación de los precios de sus especialidades farmacéuticas, si bien el mismo artículo también impone a los laboratorios la obligación de sustituir esos precios libremente determinados por los precios regulados establecidos por la Administración cuando se cumplan los dos requisitos igualmente definidos en el citado artículo: que se trate de especialidades farmacéuticas financiadas por la Seguridad Social y que se dispensen en España. De acuerdo con esto, PFIZER adjuntaba una lista de precios fijados libremente por el laboratorio a sus productos y otra con

los precios establecidos por la Administración. Estos últimos reemplazarían automáticamente a los primeros siempre que los productos cumplieran los dos requisitos mencionados. En aplicación de este sistema, la factura que emitiría PFIZER en lo relativo a los productos financiados con fondos públicos llevaría automáticamente incluido un descuento provisional por la diferencia entre los precios libremente determinados por PFIZER y los precios regulados establecidos por la Administración Sanitaria. Este descuento provisional estaría condicionado a la demostración razonable por parte del mayorista, en un plazo de seis meses a partir del día de suministro, de que el lugar de dispensación había sido el territorio nacional. Si tal demostración no se produjera, el descuento provisional quedaría cancelado y PFIZER enviaría una factura correctora al objeto de reclamar la diferencia entre los precios.

El denunciante señalaba también que desde la implantación por PFIZER el 1 de junio de 2001 de una política comercial al amparo del artículo 100 de la Ley 55/1999 (el "Artículo 100"), las compañías mayoristas y asociaciones sectoriales denunciadas han atacado la nueva política comercial de esta compañía utilizando una estrategia común que sólo puede explicarse como el fruto de una práctica colusoria de estas compañías y asociaciones denunciadas.

Las conductas imputadas se refieren a la comisión de acuerdos y prácticas concertadas entre las compañías denunciadas, así como acuerdo de boicot empresarial a la denunciante y adopción por FEDIFAR y por las asociaciones miembros de esta Federación de decisiones y recomendaciones colectivas que vulnerarían los artículos 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 81.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE).

Los indicios se sustentan en el envío a PFIZER de cartas con un mensaje y contenido que pudiera estar concertado entre distintas compañías en el seno de las asociaciones denunciadas que, en ocasiones, llegan incluso a contener párrafos idénticos; la presunta puesta en práctica por parte de algunos mayoristas de una estrategia artificiosa e irregular para boicotear la actividad comercial de PFIZER consistente en eludir el cobro de los ingresos por sus ventas mediante la consignación de las cantidades facturadas por PFIZER por el suministro de sus medicamentos; y la negativa común a remitir la

información necesaria para la aplicación de lo que la denunciante llama nueva política comercial pero que se refiere a un nuevo sistema de cobro y liquidación de las facturas que podía estar amparada en el artículo 100 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

El art. 100 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, tras la redacción dada al párrafo primero del apartado 1 por la Ley 66/1997, y las modificaciones introducidas en segundo párrafo del apartado 1 y en el apartado 2 por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, queda como sigue:

*"Art. 100. Fijación del precio inicial.*

*1.- El Gobierno, por Real Decreto, a propuesta de los Ministerios de Economía y Hacienda, Industria y Energía y Sanidad y Consumo y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, establecerá el régimen general de fijación de los precios industriales de las especialidades farmacéuticas financiadas con cargo a los fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad, que responderá a criterios objetivos y comprobables.*

*Los precios correspondientes a la distribución y dispensación de las especialidades farmacéuticas que se dispensen en territorio nacional son fijados por el Gobierno previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de forma general o por grupos o sectores tomando en consideración criterios o valores de carácter técnico-económico y sanitario.*

*2.- La Comisión Interministerial de Precios de los medicamentos, adscrita al Ministerio de Sanidad y Consumo, en aplicación de lo previsto en el párrafo primero del apartado anterior, establece el precio industrial máximo para cada especialidad farmacéutica que se dispense en territorio nacional, financiada con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad".*

Interpretando dicho artículo 100 (interpretación que en gran parte corroboró el Ministerio de Sanidad), PFIZER considera que los laboratorios farmacéuticos son libres de fijar el precio de los medicamentos, salvo que concurren cumulativamente los dos requisitos de intervención de precios, esto es: financiación del medicamento con cargo a fondos públicos estatales (esto es, que el



medicamento hubiera sido objeto de una declaración administrativa de financiación), y dispensación del medicamento en oficinas de farmacia en España. PFIZER entiende que como consecuencia de los requisitos legales previstos por nuestro legislador para la aplicabilidad de los precios intervenidos, los laboratorios necesitan, para poder determinar el precio que han de aplicar a los mayoristas, conocer si el medicamento está destinado a la dispensación en España.

En base a lo anterior y al amparo del artículo 80 apartado seis de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el valor añadido, PFIZER emite a las compañías mayoristas que realizan pedidos posteriores al 1 de junio de 2001, facturas provisionales que aplican al pedido el precio gubernativo, concediendo un plazo de seis meses a las compañías mayoristas para que acrediten la venta a farmacias españolas del producto, requisito éste suficiente para que PFIZER considere que los productos suministrados han sido dispensados en territorio nacional. Si, a la luz de la acreditación mostrada por el mayorista en los términos antes expuestos, el destino final del producto ha sido el territorio español se produce automáticamente la liberación del pago de la factura con el pago ya realizado a su vencimiento. Si el destino de los medicamentos no es el territorio español, se producirá una corrección del importe facturado de acuerdo con los precios libremente fijados por PFIZER para los productos no dispensados en farmacias españolas, precios que fueron notificados a las compañías mayoristas.

El contencioso se origina precisamente cuando Pfizer, en los pedidos que sirvió a partir de 1 de junio, incluyó un texto novedoso en las facturas que entienden la gran mayoría de las denunciadas que las convertía en un pago a cuenta de una futura cantidad indeterminada que sería liquidable en el plazo de seis meses. El nuevo texto incorporado a las facturas decía: **"Sin perjuicio de la posterior liquidación que proceda de acuerdo con lo dispuesto en dichas facturas al amparo de lo previsto en el artículo 100 de la Ley 25/1002 del Medicamento, si en el plazo de seis meses no acreditan el cumplimiento de lo recogido en dicho precepto"**. Varias denunciadas consideran que la consecuencia práctica de ello consistiría en que, de satisfacerse el importe reflejado en la misma sin advertencia especial, podría entenderse que el cliente aceptaba no sólo su obligación de suministrar determinadas informaciones a PFIZER sino, especialmente, la obligación de pago eventual de la

cantidad que PFIZER pudiera estimar oportuno liquidar. Entienden, por lo tanto, que PFIZER se extralimita exigiendo condiciones añadidas a lo estipulado por dicho artículo 100 que son no fáciles de cumplir y de dudosa legalidad.

**CUARTO.** Como se ha señalado al principio, las llamadas medidas cautelares van dirigidas siempre a que se asegure la efectividad de la Resolución estimatoria que pudiera al fin dictarse y permiten reequilibrar desde el inicio del proceso y sin necesidad de esperar a las lejanas sentencias firmes, la situación real de que se parte, cuando ésta aparece en términos suficientemente claros.

En este caso, esa Resolución estimatoria que pudiera al fin dictarse podría llevar, tras la instrucción contradictoria pertinente, a declarar la comisión de prácticas concertadas o de recomendaciones colectivas para oponerse a la petición de PFIZER de información que acredite la venta a farmacias españolas de los productos durante seis meses para considerar definitivamente cancelada la deuda. El importe de las facturas es aceptado por ambas partes, pero no la cancelación definitiva del pago hasta acreditar dicho extremo. Demostrada suficientemente que dichas conductas vulneraran la LDC se intimaría a que no se practicasen y se podría imponer una multa de acuerdo con los criterios expresados en la misma LDC.

En la situación actual del conflicto, la situación real de partida no aparece en términos suficientemente claros, sino que más bien ambas partes se encastillan en sus posturas de aceptar o no aceptar el cobro o pago de las facturas en base a dicha aceptación o no del requisito exigido por PFIZER de acreditar la venta en territorio español para considerar definitivamente cancelada la obligación de pago. Difícilmente se puede en este caso reequilibrar la situación desde el inicio del proceso sin decantarse ya en la práctica por una de las dos partes.

Por otra parte, tal y como también se ha indicado al comienzo, la injerencia que puede producir la adopción de una medida cautelar en la esfera del sujeto pasivo impide que ésta pueda adoptarse en base a una petición pura y simple, por lo que habrá de tenerse presente la concurrencia de los requisitos establecidos y, en todo caso, los principios informadores de la protección cautelar, unánimemente reconocidos por la doctrina, que son el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho o seriedad de la pretensión frente a la debilidad o

convencionalismo de la oposición y el *periculum in mora* o peligro de perjuicio serio si la medida se retrasa o urgencia por la demora en la resolución del pleito principal que puede causar perjuicios claramente significativos. Es decir, el perjuicio ha de ser grave, no cualquier incomodidad.

La apariencia de buen derecho en las medidas cautelares hemos dicho que se sitúa entre la certeza que se establecerá en la Resolución final y la incertidumbre inicial de cualquier procedimiento, de tal forma que para su adopción baste una apariencia fundada en la verdad del derecho alegado, lo que exigirá la determinación de la situación jurídica cautelable y el grado de demostración necesario y suficiente. Como ese grado de demostración necesario y suficiente para la procedencia de las medidas debe resolverse en términos de verosimilitud, referida aquí al acto concurrencial contrario a la libre competencia que se sustancia, entiende el Tribunal que, si bien existen indicios claros de prácticas concertadas y recomendaciones colectivas por parte de algunas de las denunciadas, no queda nítida en estos momentos la verdad del derecho alegado por cada una de las partes. Téngase en cuenta, en este caso, que según constante jurisprudencia la estimación de la existencia de apariencia de buen derecho es sumamente restrictiva y al pretender la modificación de un determinado *status quo* se exige una gran ponderación de los intereses en juego, dado el carácter de anticipo que tienen las medidas cautelares.

De aquí que, en el caso analizado, se deba tener en cuenta que no se ha demostrado aún de una manera directa la existencia de un acuerdo entre todos los demandados para llevar a efecto las conductas denunciadas y que, si nos fijamos en los indicios que pueden representar las cartas dirigidas por algunas de las denunciadas a la denunciante, el ámbito subjetivo de las medidas debe ser reducido exclusivamente a las empresas que han emitido esas cartas reseñadas en la denuncia. Esas empresas no son todas las demandadas, por lo que sería preciso eliminar aquellas que no tienen relación con los indicios. En este sentido, se deben eliminar, sin ninguna duda, aquellas empresas que puedan estar comprendidas en la frase Acompañías mayoristas miembros indirectos de FEDIFAR@, que consta en la propuesta b) de medidas cautelares.

**QUINTO.** Además de declaraciones generales ya contenidas en el mismo texto de la LDC, las concretas medidas cautelares solicitadas son del siguiente tenor literal:

(i) ordenar a UNIÓN FARMACÉUTICA GUIPUZCOANA, CENFARTE, RECOMED Y CENTRO FARMACÉUTICO el pago inmediato a PFIZER de cuantas sumas pendientes de ser abonadas a esta compañía por el suministro de medicamentos ya realizados se encuentren consignadas en Juzgados de Primera Instancia;

(ii) ordenar a las compañías mencionadas en el apartado anterior y a las demás compañías mayoristas miembros indirectos de FEDIFAR de abstenerse de llevar a cabo futuras consignaciones judiciales por el pago de los medicamentos que les sean suministradas por PFIZER

Siendo éstas las concretas medidas provisionales solicitadas, se debe señalar, por último y principalmente, que el artículo 45 de la LDC señala taxativamente que las medidas cautelares, en cualquier caso, siempre están limitadas, por una parte, a que no puedan originar perjuicios irreparables a los interesados y, por otra, a que no impliquen violación de derechos fundamentales.

El mismo Servicio ya señala que quizás lo relativo a las consignaciones debería ser ventilado ante la jurisdicción civil y no ante los organismos administrativos encargados de la defensa de la competencia. La admisión de estas medidas que se solicitan podrían suponer una injerencia en la jurisdicción ordinaria, es decir, en todos y cada uno de los Juzgados de Primera Instancia, o de las Salas de lo Civil en las Audiencias Provinciales (en grado de apelación), que tramitan consignaciones referidas a este caso. Téngase en cuenta que estas medidas cautelares concretas inciden de manera directa en las capacidades jurídicas de defensa de los sujetos de derecho cercenando parte de dichas posibilidades de actuación ante los Tribunales vulnerando el derecho a escoger por los interesados la vía judicial más conveniente, siempre que sea procesalmente correcta (en este caso la consignación judicial), como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la tutela efectiva por el juez ordinario.

Por todos los argumentos anteriormente expuestos, el Tribunal considera,

en este caso concreto y teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en este momento procedimental, que no se deben conceder por lo que debe procederse al trámite contradictorio en el sancionador principal una vez que se formule el Pliego de Cargos e incorporando todas las alegaciones y la documentación aportada en este expediente de medidas cautelares.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia, con el voto en contra del Vocal Sr. Martínez Arévalo,

### **RESUELVE**

**ÚNICO.-** Declarar que no procede la adopción de la medida cautelar propuesta por el Servicio de Defensa de la Competencia, a solicitud de Pfizer S.A., en el expediente sancionador 2339/01 que en el mismo se tramita.

Comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la presente Resolución agota la vía administrativa, y que contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.