

RESOLUCIÓN (Expte. R 558/03, Spain Pharma/Smithkline)

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, Vocal

En Madrid, a 3 de diciembre de 2003.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal o TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 558/03 (2238/01 del Servicio de Defensa de la Competencia; en lo sucesivo, el Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por Spain Pharma S.A. (SP) contra el Acuerdo de aquél, de 13 de febrero de 2003, por el que se sobreseían las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por dicha entidad contra Smithkline Beecham S.A. (SKB) por supuesto abuso de posición dominante, prohibido por el artículo 82 TUE, consistente en la negativa injustificada en el suministro de productos farmacéuticos y la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 4 de enero de 2001 tuvo entrada en el Servicio el escrito de denuncia de SP contra SKB por supuesto abuso de posición dominante, prohibido por el art. 82 TUE, realizado, en síntesis, por medio de las siguientes conductas:
 - reducción y negativa injustificada a SP del suministro de sus productos farmacéuticos Twinrix, Engerix B, Havrix (los tres vacunas antihepatitis), Claversal 500 mg. de 100 comprimidos (antiinflamatorio intestinal) y Bactroban 15 gr. pomada (antibiótico de uso tópico) que, desde su inicio de actividades en el año 1996,

destinaba a la exportación y se desarrolló de forma satisfactoria hasta el período mayo-agosto de 2000;

- aplicación a SP de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que le ocasionaron una desventaja competitiva, al exigirle SKB el pago anticipado de los pedidos mientras que concede a otros mayoristas el giro a 30 días, siendo su balance de impecable solvencia y rigor.
2. Mediante Providencia de 4 de julio de 2001 el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente.
 3. Tramitado el expediente con sujeción a lo preceptuado legalmente, el 13 de febrero de 2003, el Servicio acordó el sobreseimiento del mismo sin llegar a formular acusación.
 4. Con fecha 3 de marzo de 2003 SP interpuso el presente recurso ante el Tribunal.

En síntesis, la recurrente considera incorrectas las siguientes cuestiones del mencionado Acuerdo: la definición del mercado relevante, especialmente en el caso de las vacunas; la valoración de las cuotas de mercado y de las cifras de suministro; la calificación de la conducta consistente en la retención injustificada por parte de SKB de importantes sumas de dinero transferidas como pagos anticipados; y la aplicación de la carga de la prueba al no demostrarse que existieran razones objetivas que justificaran las prácticas denunciadas, sino todo lo contrario. Por último, entiende que el Subdirector General de Conductas Restrictivas debería haberse abstenido en este expediente dadas sus opiniones manifestadas en una conferencia organizada por Glaxo Smithkline S.A. el 26 de mayo de 2002.

5. Con la misma fecha 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 tramitado por el mismo.
6. Mediante escrito, que tuvo entrada en este Tribunal el 1 de marzo de 2003, el Servicio comunica que el recurso había que considerarlo interpuesto dentro de plazo y que las alegaciones expuestas por la recurrente en su escrito no desvirtúan las razones que fundamentaron la decisión recurrida. Así, señala que el recurrente reitera argumentos ya

expuestos en su escrito de denuncia y en el de oposición a la propuesta de sobreseimiento, que fueron analizados en el Acuerdo recurrido.

Detalla que la propia Comisión Europea había considerado que *“cada una de las vacunas que inmunizan contra una enfermedad concreta constituye un mercado de producto diferente”*, por lo que *“las vacunas polivalentes pertenecen a un mercado de producto diferente del de las correspondientes vacunas monovalentes”* (Decisión de 6-10-94, As. IV/34.776 Pasteur-Merieux/Merck, párrafos 53 y 54).

En cuanto al requisito de que una infracción del artículo 82 TUE requiere que se produzca una repercusión apreciable en el comercio entre los Estados miembros, señala el Servicio que cabe reproducir la apreciación realizada por el Presidente del Tribunal de 10 Instancia (TPI) en su Auto de 3 de junio de 1996, refrendado por la Sentencia del mismo Tribunal de 26 de octubre de 2000. En dicho Auto -dictado para suspender la ejecución de un determinado artículo de la Decisión que la Comisión había emitido con ocasión de un asunto relativo a una negativa de suministro de un producto farmacéutico objeto de exportación paralela desde España y Francia hacia el Reino Unido- el Presidente del TPI manifestaba que *“no existe ningún interés comunitario predominante en la ejecución inmediata del artículo 2 de la Decisión. Las exportaciones paralelas al Reino Unido benefician principalmente a los mayoristas, que obtienen ganancias desproporcionadas, inesperadas y excepcionalmente elevadas (“wind-fall profits”). Mientras que el margen comercial de los mayoristas asciende a, aproximadamente, el 12% de las ventas destinadas a sus clientes tradicionales de España y de Francia, este margen se duplica en el caso de las exportaciones paralelas de Adalat al Reino Unido. La ventaja “indirecta” que obtendrían los consumidores del Reino Unido por el hecho de que una parte de la rebaja beneficiara al NHS sería marginal. Los consumidores pagan el mismo precio, tanto si los productos proceden del Bayer UK o de una importación paralela, puesto que el NHS, que ejercer prácticamente un monopolio sobre la compra de los productos farmacéuticos en el Reino Unido, concede en principio el mismo reembolso por cada producto, independientemente de su origen.”* Por lo tanto, para el Servicio no cabe apreciar infracción del artículo 82 TUE.

El Servicio entiende también que resultaba procedente su contestación a la alegación de SP en cuanto a la aducida retención injustificada de determinadas transferencias, consistente en que estos asuntos y sus soluciones escapan de las atribuciones de los órganos de defensa de la competencia.

Finalmente, respecto de que el Subdirector General debería haberse abstenido en el expediente dado su criterio manifestado en una conferencia organizada por Glaxo Smithkline el 26 de mayo de 2002, el Servicio sostiene que el superior jerárquico indicó que no hubo incompatibilidad ni motivo de abstención y señala que no fue presentada recusación por parte de la denunciante.

7. Con fecha 12 de marzo de 2003 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 y que tuvieron entrada en el Tribunal los días 7, el de SKB y 9 de abril de 2003, el de SP.
8. El Tribunal deliberó y falló sobre el presente expediente en el Pleno celebrado el día 26 de noviembre de 2003.
9. Son interesados:
 - Spain Pharma S.A.
 - Smithkline Beecham S.A.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La cuestión que hay que resolver en el presente recurso es determinar si el Servicio analizó de forma suficiente y acertada en Derecho la posible existencia de prácticas consistentes en un abuso de posición de dominio por la negativa de suministro por parte de SKB a la denunciante y ahora recurrente, SP, y por aplicarle condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, antes de decidir el sobreseimiento del expediente, sin haber formulado acusación, mediante Acuerdo de 13 de febrero de 2003.

Dado que el art. 37.4 LDC dispone que *"el Servicio podrá sobreseer el expediente, previa audiencia de los interesados"*, resulta evidente la capacidad de su Director de supeditar la continuación del procedimiento a la existencia en las conductas denunciadas de indicios de antijuridicidad.

Por lo tanto, resulta conveniente tener en cuenta, ante todo, que los razonamientos en los que se fundamenta el recurso obran en las actuaciones (folios 1 al 31 del expediente del Tribunal) y se sintetizan en que SP considera incorrectas las siguientes cuestiones del mencionado Acuerdo: la definición del mercado relevante, especialmente en el caso de las tres vacunas por haber incluido indebidamente dos mercados, el de los

concursos y el de los hospitales; la valoración de las cuotas de mercado y de las cifras de suministro; la calificación de la conducta consistente en la retención injustificada por parte de SKB de importantes sumas de dinero transferidas como pagos anticipados; y la aplicación de la carga de la prueba al no demostrar SKB que existieran razones objetivas que justificaran las prácticas denunciadas, sino todo lo contrario. Por último, entiende que el Subdirector General de Conductas Restrictivas debería haberse inhibido en este expediente dada su postura en una conferencia organizada por Glaxo Smithkline S.A. el 26 de mayo de 2002.

Por todo ello, SP solicita que se estime el recurso y que, revocando el Acuerdo impugnado, se ordene la continuación del expediente, con la propuesta de cargos por las conductas denunciadas.

2. Según la Comisión y la jurisprudencia europeas las principales cuestiones que hay que dilucidar en estos casos son las siguientes:

- si la empresa denunciada ocupa una posición dominante en los términos del artículo 82 del TUE;
- si la supuesta actuación constituye un abuso de posición dominante;
- y
- si existe una repercusión apreciable en el comercio entre los Estados miembros.

Este planteamiento es acorde con la doctrina del Tribunal sobre el análisis que debe hacerse en este tipo de denuncias porque el art. 6 LDC reproduce la norma comunitaria.

En efecto, es doctrina consolidada del Tribunal que para determinar si ha existido una infracción del art. 6 LDC es preciso, con carácter previo, delimitar el mercado relevante, a continuación determinar si en dicho mercado existe una posición de dominio y, finalmente, analizar si las conductas del encausado merecen ser calificadas como abusivas.

3. El Servicio decidió el sobreseimiento del expediente por considerar que no se daban tales requisitos al concluir el análisis del caso afirmando que en los mercados definidos para la vacuna antihepatitis Engerix B y las especialidades Bactroban y Claversal no existe posición de dominio y que, donde la cuota podría hacer presumir tal posición -mercados de las vacunas Havrix y Twinrix- no cabe actuar con poder de mercado ni

independencia de las reacciones de los competidores y consumidores, que son también los otros elementos definitorios de la posición de dominio.

Así, comenzando por las especialidades Claversal y Bactroban, el Servicio concluye su análisis señalando que, si bien son las primeras en cuotas de mercado de sus grupos terapéuticos, sus inmediatos competidores - laboratorios muy importantes- cuentan con cuotas del orden del 15 y 20% y con oscilaciones que suponen que SKB no pueda ignorarlos ante la existencia de una competencia efectiva en los correspondientes mercados.

En cuanto a las vacunas antihepatitis, lo primero que debe señalarse de la conclusión del Servicio, por su acierto, es afirmar que se trata de *“productos resultantes de procesos complejos y especializados que requieren una avanzada tecnología y fuertes inversiones para llevar a cabo la producción, a menudo protegida por patentes y muy controlada por las administraciones sanitarias”*. Además, destaca el Servicio en su análisis que es válido el razonamiento expuesto en el párrafo anterior para Claversal y Bactroban en lo que se refiere a las vacunas antihepatitis B (Engerix) porque las cuotas que ostenta el laboratorio denunciado en el mercado de esta vacuna no permiten atribuirle una posición de dominio, sobre todo dadas las cuotas ascendentes de los dos únicos competidores.

Sin embargo, señala el Servicio la distinta conclusión a que llega en los otros dos mercados de vacunas antihepatitis: *“En el caso de las vacunas antihepatitis A nos encontramos ante dos únicos competidores, uno de los cuales, el laboratorio denunciado, cuenta con el 88% del mercado. Y en el mercado de las vacunas combinadas antihepatitis A+B existe un único producto del que también es titular SKB. En estas circunstancias, de acuerdo con las pautas marcadas por la doctrina comunitaria antes expuesta, sí podría hablarse de posición de dominio por parte del denunciado, si bien sería necesario precisar que los otros elementos también definitorios de dicha posición como son el poder de mercado y la independencia de comportamiento se ven matizados”*.

En efecto, el Servicio concluye que el poder de mercado y la independencia de comportamiento del denunciado es tan sólo relativo (importancia destacada de los competidores; gran poder de clientes como el Sistema Nacional de Salud, sobre todo, en vacunas infantiles; imposibilidad de variar el precio; obligatoriedad de mantener el mercado abastecido, estando también reglamentados los canales de venta y de promoción).

No obstante lo anterior, señala el Servicio que, como podría estimarse que SKB tiene posición de dominio en los mercados de las vacunas antihepatitis A y antihepatitis A+B, conviene examinar, siguiendo a la Comisión Europea, si de dicha posición se ha podido derivar un abuso como se ha denunciado.

Hechas estas consideraciones y analizando las circunstancias que se dieron en el cumplimiento del conjunto de los pedidos, el Servicio entiende que no hubo *“una drástica reducción en el suministro, puesto que éste no se produjo nunca al 100%”*, en el caso de Havrix (vacuna antihepatitis A) -cuyo primer pedido no se produjo hasta mayo de 2000 y no como indica equivocadamente SP en el sentido de que ya se solicitó en el primer pedido de 4 de enero de 1999- ni de Twinrix (vacuna antihepatitis A+B), de la que únicamente se suministró en el año 1999 un 37,63% de las cantidades pedidas. Además, los laboratorios están obligados, según se ha señalado, a mantener abastecido el mercado nacional y a atender a las farmacias manteniendo unas reservas suficientes, siendo estos fines los que determinan los volúmenes de producción de la única fábrica en Europa que la lleva a cabo, sin que quepa fabricar todo lo que se quiera ni distribuir de cualquier forma, sino siguiendo unos criterios de política de la empresa dando prioridad a los mayoristas que abastezcan en el mercado nacional.

Por todo ello, el Servicio consideró aceptables las justificaciones de SKB de que la producción global de vacunas está limitada y que es necesario repartirla entre los distribuidores, dando la máxima prioridad al abastecimiento del mercado nacional y después, y con este mismo fin, a la adquisición de todo el vademécum. Sin olvidar que SKB no es la única fuente de suministro, pues existen los otros distribuidores, como señaló el Tribunal en su Resolución de 12-2-01 (Expte. R 437/00, Laboratorios Farmacéuticos).

Respecto de la supuesta discriminación, la denunciante no es el único mayorista al que se le aplica la modalidad de pago señalada como “1 día” (hay otros 11) ni tampoco es el único al que no se le aplica descuento (hay otros 121 en esta situación) pues el descuento se reserva, de acuerdo con los criterios del laboratorio, para aquellos mayoristas que compran todo o casi todo el vademécum. En consecuencia, no existe para el Servicio discriminación ni tampoco abuso por este motivo.

En cuanto al requisito de que una infracción del artículo 82 TUE requiere que se produzca una repercusión apreciable en el comercio entre los Estados miembros, señala el Servicio que en este caso no hay pruebas de

ello en el expediente, según los datos aportados por la denunciante y que cabe reproducir la apreciación realizada por el Presidente del Tribunal de 10 Instancia (TPI) en su Auto de 3 de junio de 1996, refrendado por la Sentencia del mismo Tribunal de 26 de octubre de 2000, que figura transcrita en el AH 6 de esta Resolución. Dicho párrafo no necesita explicación porque no puede ser más ilustrativo de lo que realmente son ganancias desproporcionadas e inesperadas del comercio paralelo de medicamentos.

Finalmente, respecto de que el Subdirector General debería haberse abstenido en el expediente dada su opinión manifestada en una conferencia organizada por Glaxo Smithkline el 26 de mayo de 2002, el Servicio sostiene que el superior jerárquico indicó que no hubo incompatibilidad ni motivo de abstención y señala que no fue presentada recusación por parte de la denunciante por lo que no cupo resolver sobre esta cuestión.

4. El Tribunal coincide plenamente con el análisis, sus conclusiones y la valoración del Servicio, que siguen plenamente la consolidada doctrina de los Tribunales europeos y la suya propia, pero que están hechos con gran acierto y tienen muy en cuenta las especiales características del mercado farmacéutico, las de los mercados de estas vacunas en lo que concierne a su regulación y comercialización, así como de cuando han de abstenerse de actuar sus funcionarios.

En efecto, por lo que se refiere a la definición de posición dominante, el Servicio sigue correctamente la doctrina del TJCE para el que es aquella que permite *"comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores"*.

Lo mismo sucede respecto de la consecuente doctrina del TDC, al citar sus Resoluciones de 30 de noviembre y de 27 de diciembre de 1999 (Exptes. R 362/99, Bacardí y R 423/00, Vía Digital) en las que, siguiendo la doctrina de la Sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, de 13 de febrero de 1979, declara que *"una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto"*.

Por lo tanto, el Tribunal, tras analizar detenidamente el profundo y exhaustivo estudio llevado a cabo por el Servicio, así como las

alegaciones de las partes, ha llegado a la conclusión de que las justificaciones de las conductas que se describen en el Fundamento Jurídico anterior fueron objetivas y proporcionadas a las obligaciones que le corresponden a SKB y a sus intereses en el presente caso, por lo que no se produjo abuso alguno.

5. En efecto, en cuanto a las alegaciones de la recurrente, hay que señalar que se ha limitado a reproducir en el recurso los argumentos utilizados en los escritos presentados ante el Servicio, por lo que su contestación debe seguir la línea antes expuesta aunque resulte necesariamente reiterativa. Así, partiendo del muy detallado examen que realizó el Servicio de la argumentación contradictoria de las partes, en cuanto a la alegada posición dominante de Bactroban que, según SP, debió tener en cuenta la cuota de la especialidad Plasimine -comercializada por el licenciario Isdin con el principio activo fabricado por SKB- debe contestarse que los fabricantes no constituyen una entidad colectiva por su actuación independiente en el mercado respecto de los competidores, dada la importancia de éstos y la paulatina reducción de la cuota de SKB que no permite ignorarlos, por lo que no existe independencia de comportamiento ni posición de dominio individual o colectiva.

Y en lo que respecta a la posición de las vacunas, es inadmisibles la alegación de SP de que el mercado relevante sea el de las farmacias, porque estos productos tienen una finalidad preventiva y suele ser la Administración la que adopta las más trascendentes decisiones de vacunación y de consiguiente compra. Además, tampoco cabe admitir la alegación de SP de que los laboratorios pueden negociar los precios con la Administración, desde el momento en que la inclusión de un medicamento en la prestación de la Seguridad Social conlleva la aceptación del precio que esta última esté dispuesta a pagar por él (ver Resolución de 5 de diciembre de 2001, Fundamento Jurídico 4, expediente R 488/01, Laboratorios Farmacéuticos, sobre denuncia de DIFAR -mismos administradores que los de SP- a varios laboratorios).

Sobre el alegado abuso de posición dominante de SKB en lo relativo a pasar de un período de relaciones fluidas a otro de corte de suministros - que ha de centrarse en las vacunas Havrix y Twinrix- al rechazar SP que la obligación de abastecer el mercado justifique la negativa de suministro por la gran dimensión de SKB, el Tribunal señaló también en su Resolución de 5-12-01, Fundamento Jurídico 5 (expediente R 488/01 antes citado) que la dimensión de la empresa o su capacidad de producción no puede adaptarse al deseo de terceros, aparte de entender que no se aprecia la diferenciación pretendida en los mencionados dos

períodos de relaciones entre las partes, según se aprecia claramente mediante la observación por pedidos y fechas de la Tabla 7 del Acuerdo del Servicio. En efecto, no puede decirse que SKB no quiera servir Twinrix ni que siempre lo haya servido totalmente y luego deje de hacerlo, mientras que Engerix fue suministrado en todas las ocasiones menos en una, quizás por su mayor disponibilidad al ser la incidencia de la hepatitis B mucho mayor, lo que requiere tener más existencias. Debe también apreciarse que Havrix no se solicita hasta mayo de 2000 por primera vez (no se sirvió) y septiembre de ese mismo año, por última vez (que se sirve en una parte), lo que no indica que se produjera una drástica reducción del suministro.

Por otra parte, la alegación de SP de que SKB le aplicó condiciones desiguales de pago a prestaciones equivalentes, debe rechazarse porque SP no propuso ninguna forma de pago -dejando esta cuestión a la elección del laboratorio (*"la que Vds. nos indiquen"*)- y porque SKB valora, entre otros, los informes sectoriales o comerciales específicos recibidos y la posición de SP no era equiparable a la de otros clientes. No hubo, pues, trato discriminatorio ya que se trataba de un cliente reciente (comenzaron sus relaciones comerciales el año 1996) que realizaba pedidos aislados.

Tampoco cabe aceptar la alegación de que SP no considera que los otros distribuidores representen una verdadera alternativa de suministro, solución que entiende absurda pero que no prueba cuando, además, si el precio de los suministros alternativos fuera más alto los beneficios serían menores pero no por ello serían inviables las operaciones (el TJCE establece la necesidad de acreditar esa falta de rentabilidad, según Sentencia de 26-11-98).

El Tribunal entiende también procedente la contestación que da el Servicio a la alegación de SP en cuanto a la aducida retención injustificada de determinadas transferencias, contestación consistente en que estos asuntos y sus soluciones escapan de las atribuciones de los órganos de defensa de la competencia.

Por último, la alegación de SP de que la conducta de SKB restringe el comercio entre los Estados miembros de la UE, exigiría para ser admitida que tal restricción fuera apreciable -y no sólo teórica- y que estuviera probada, debiéndose tener en cuenta al respecto lo señalado por el TPI que se recoge al final del AH 6 de esta Resolución. No debe olvidarse, sin embargo, que estas manifestaciones corresponden a las singulares circunstancias que concurren en productos muy especiales porque, en general, no cabe duda de que, como los Tribunales europeos consideran,

el comercio paralelo es un factor positivo, unificador e integrador del Mercado Único, según alega también la recurrente pero sin tener en cuenta estas especiales características que hacen que este caso sea verdaderamente singular.

6. Por todo ello, en ausencia de posición de dominio alguna y, consiguientemente, no pudiéndose apreciar ningún abuso de dicha posición, el Tribunal considera que procede desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio, de 13 de febrero de 2003, al entender que el mismo analizó el expediente de forma plenamente suficiente y acertada en Derecho.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

RESUELVE

Único.- Desestimar el recurso interpuesto por Spain Pharma S.A. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 13 de febrero de 2003, Acuerdo que se confirma.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que agota la vía administrativa y que contra ella no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional que puede interponerse en el plazo de dos meses contados desde su notificación.