

Id. Cendoj: 28079230062007100628
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución: 266/2007
Fecha de Resolución: 10/05/2007
Nº de Recurso: 56/2004
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sección Sexta

RECURSO NÚM: 56/2004

PONENTE: Ilmo Sr. D. Santiago Soldevila Fragoso.

SENTENCIA NÚM: 266

Ilmos Sres.

Presidente:

D^a Asunción Salvo Tambo

Magistrados:

D^a Mercedes Pedráz Calvo

D^o José María del Riego Valledor

D. Santiago Soldevila Fragoso

D^a Concepción Mónica Montero Elena

En la Villa de Madrid, a 10 de mayo de 2007.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso n^o 56/2004, seguido a instancia de la mercantil "Spain Pharma SA ", representada por la Procurador de los Tribunales D^a Belén Lombardía del Pozo, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la

Abogacía del Estado. Fía comparecido, en calidad de codemandado, "Smithkline Beecham SA", con asistencia letrada y representada por el Procurador de los Tribunales D° Amancio Amaro Vicente. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO:.- Son hechos de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada los siguientes:

1) La recurrente "Spain Pharma SA" formuló denuncia ante el SDC contra Smithkline Beecham SA", referida a los siguientes hechos:

a)"Smithkline Beecham SA redujo o denegó injustificadamente a la denunciante el suministro de sus productos farmacéuticos Twinrix, Engeri B, Havrix (los tres vacunas antihepatitis), Claversal 500mg de 100 comparados (antiinflamatorio intestinal), y Bactroban 15 gr pomada (antibiótico de uso tópico) que, desde su inicio de actividades en 1996 destinaba a la exportación y se desarrolló de forma satisfactoria hasta mayo-agosto de 2000

b) Aplicación a Spain Pharma por la denunciada 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, a pesar de que su balance es impecable.

2) En fecha 13 de febrero de 2003 el Servicio de Defensa de la Competencia dictó Acuerdo por el que ordenó el sobreseimiento de las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por la recurrente.

3) El 3 de diciembre de 2003, en el seno del referido procedimiento, se dictó finalmente Resolución por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, se dispone: Desestimar el recurso interpuesto por Spain Pharma SA contra el Acuerdo de 13 de febrero de 2003 del Servicio de Defensa de la Competencia, antes mencionado.

SEGUNDO: - Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda, tras describir la relación profesional existente entre las distintas personas que intervienen en el mercado afectado, se basó en las siguientes consideraciones:

1) Sobre la definición del mercado relevante: Muestra su disconformidad con el criterio seguido por el TDC y subraya la siguiente distinción:

a) Desde el punto de vista geográfico: distingue dos mercados: 1) el de origen del producto, donde se producen los abusos denunciados, que es el español y 2) el mercado de destino, que es aquel donde se producen los efectos del abuso, siendo los precios de los productos muy superiores a los del mercado español.

b) Desde el punto de vista del producto: distingue los siguientes: 1) de Claversal:

señala que es el constituido por especialidades farmacéuticas incluidas en la clase terapéutica A7E, 2) de Bactroban que es el constituido por especialidades farmacéuticas incluidas en la clase terapéutica D6A, y 3) el mercado relevante de las vacunas contra la hepatitis, respecto del que niega que deba tomarse en consideración el segmento de venta a hospitales y el de concursos públicos, pues en realidad esos "segmentos" son auténticos mercados distintos e individualizados ya que los operadores son distintos, y también los precios y las normas que rigen en cada uno de ellos.

2) Sobre la posición denunciada de la denunciada: En julio de 2000, la cuota de la denunciada era la siguiente en los distintos mercados: en el de los antiinflamatorios intestinales, un 54,5 %, en el de antibióticos tópicos solos toma en cuenta todos los productos según cuadro que adjunta correspondiendo la mayor cuota a Bactroban en un 36,7%. No obstante niega a Isdin la condición de competidor pues comercializa el principio Mupirocime que vende la denunciada. Por ello estima que la cuota real de la denunciada es de un 57% de acuerdo con la doctrina del TPI en la sentencia Vidrio Plano. Finalmente en cuanto al mercado relevante de la Hepatitis A señala que en la fecha indicada era de un 42,38% para el producto Twinrix y de un 57,62% para Havrix, y en relación a la Hepatitis B es de un 95,6%.

De forma subsidiaria se realiza un cálculo respecto de la cuota de mercado de acuerdo con los parámetros fijados por el SDC y concluye que en el mercado de la hepatitis A es de un 99% y en el de la B es de un 63,5%.

3) Otras consideraciones relativas a la posición de dominio de la denunciada en los distintos mercados relevantes objeto de la denuncia: destaca las amplias diferencias de cuotas de la denunciada coti las de sus inmediatos competidores (91,2%, 33,9%, 43.9%, y el gran poder económico de la denunciada. Reitera a este respecto otras circunstancias que ya han sido objeto de consideración en el expediente administrativo como barreras de entrada que no fueron tomadas en consideración por el TDC.

4) Consideraciones sobre la Resolución del TDC: a juicio del TDC, a diciembre de 2000, la cuota de Bactroban era del 37,2%, la de Claversal de 55,5%, y la de Engerix de 51,25%, mientras que la recurrente sostiene que eran de, 57%, 54,5 y del 95,6% respectivamente. Invoca la STJCE caso Azco. Concluye que la fijación de precios de los productos farmacéuticos es el producto de una negociación en la que los laboratorios tienen una posición de fuerza, siendo el precio un elemento de importancia relativa al establecerse la competencia por el médico prescriptor. Termina solicitando el planteamiento de cuestión prejudicial.

5) Sobre el abuso de la posición dominante manifestada en las siguientes conductas: a) negativas injustificada de suministro a Spain Pharma: no se ha acreditado la concurrencia de circunstancia alguna que justifique la imitación denunciada, b) por la imposición de condiciones de pago no aplicables a otros mayoristas. Confunde el TDC los conceptos pago anticipado y pago a un día: a excepción de la recurrente, la denunciada ofrece pago aplazado a todos los mayoristas (desde 1 día hasta 90) sin exigirles pago anticipado. Los supuestos de abuso de posición de dominio no son exclusivamente los mencionados en el art. 82 del Tratado y entre ellos cabe la retención injustificada por mas de 4 meses de las cantidades de dinero anticipadas por Spain Pharma.

6) Afeción al comercio entre los Estados miembros: aclara que la denunciada sí es competidora de la recurrente en los países en los que los precios son mas elevados por

lo que los mercados de origen y destino son conexos, Al negarle el suministro la denunciada compartimenta mercados, y limita la libre circulación de mercancías. Invoca la STJCE Alsatel.

TERCERO: - La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente: 1) Da por reproducidas las consideraciones vertidas en la resolución impugnada en cuanto a la Inexistencia de posición dominante 2) Son razonables las justificaciones de la denunciada en el sentido de que la producción global de vacunas está limitada y es necesario repartirla, 3) Niega la existencia de discriminación ya que la denunciante no es la única mayorista a la que se aplica la modalidad de pago denunciada, destacando que solo realizaba pedidos aislados y nunca propuso formula de pago. 4) Finalmente destaca que no hay prueba sobre el hecho de que la conducta de la denunciada restrinja el comercio entre los Estados miembros. Subsidiariamente solicita que se continúe la tramitación del procedimiento sancionado sin imposición de sanciones de plano.

CUARTO: D. Amando Amaro Vicente, en la representación que ostenta, contestó a la demanda oponiéndose a las peticiones formuladas con los siguientes argumentos: 1) Sobre la delimitación de los mercados relevantes: a) en cuanto al mercado de producto es razonable la delimitación de un mercado separado hecha por el SDC, de vacunas combinadas contra la hepatitis A y B aunque concluye que dicho dato no es determinante. Subraya el carácter preventivo de las vacunas y que se dispensan, principalmente, en hospitales a iniciativa de la administración que llega incluso a imponer la vacunación de grupos de riesgo de la población. Dado que la Administración es el principal adquirente de vacunas (el 83,5% del mercado total de vacunas se destina a concursos), por lo que no resulta relevante la torna en consideración únicamente de los datos de venta en farmacia, b) Respecto del mercado geográfico, puntualiza que al ser la recurrente, un operador que no vende a farmacias en el mercado nacional sus productos no pueden limitarse a las establecidas en el mercado nacional. 2) Niega que SKB ocupe posición de dominio en los mercados relevantes: a) en cuanto a las cuotas de mercado señala que la de Claversal ha ido decreciendo 56 % en diciembre de 2001), la de Bactroban es solo del 36,7% pues no puede adicionarse la cuota de su licenciatario ISDIN ya que ésta tiene capacidad para actuar con independencia. Respecto del mercado de vacunas señala que no puede segmentarse el mercado según el canal de distribución, destacando que en cualquier caso que las cuotas asignadas por la recurrente no se corresponden con las reales. La cuota de Engerix es del 51,25%, existiendo dos competidores con cuotas ascendentes, la de Havrix, a pesar de ser del 81,6% en valor y 80,5% en volumen no concurren el resto de requisitos exigidos para apreciar la existencia de posición de dominio. Respecto de Twinrix reitera la misma argumentación. 3) En cuanto a los otros factores que determinan la posición de dominio, señala que: a) en el sector farmacéutico existe una intensa intervención administrativa que limita la libertad de actuación de las empresas y las sitúa en posición de subordinación, b) la Administración tiene un gran poder de compra; es cliente de los laboratorios y además órgano regulador que fija los precios a los laboratorios y que les sitúa en situación de dependencia, c) existe en el mercado farmacéutico una intensa competencia actual y potencial sin que puedan oponerse barreras de entrada ya que las autorizaciones para operar se conceden de forma tasada y el número de medicamentos que puede autorizarse no está tasado, existiendo una fuerte competencia sin que la existencia de patentes pueda condicionar la actividad ya que la competencia se basa en la innovación al ser 10 años el tiempo máximo de protección de la patente. Finalmente niega que una supuesta dificultad de

sustitución de las especialidades farmacéuticas constituya una barrera de entrada, 4) Niega la procedencia del planteamiento de una cuestión prejudicial ya que no se suscita una duda sobre la interpretación del Tratado. 5) Niega que SKB haya incurrido en un supuesto de negativa de suministro, pues los pedidos de la recurrente fueron atendidos de acuerdo con las disponibilidades existentes. Destaca la falta de presupuestos para calificar la conducta como abusiva ya que no está dirigida a eliminar a un competidor, no pretende monopolizar un mercado derivado, ni se niega el acceso de terceros a instalaciones básicas. Por otra parte, existen justificaciones objetivas a la evolución de los suministros vinculada a la obligación legal de abastecimiento del mercado nacional vinculada a la fuerte intervención administrativa del sector que obliga a un permanente abastecimiento del mercado nacional. Estima irrelevante que la recurrente le adelantase sus pedidos ya que la fabricación se hace en atención a la evolución de la demanda nacional, estableciendo la Ley del Medicamento una relación potestativa entre mayoristas y laboratorios, siendo desproporcionada la petición del la recurrente. Por otra parte tacha de irrelevante que la recurrente se dedique al comercio paralelo, lo que no es objeto del proceso, pues en si misma tampoco supone una infracción de la normativa de la competencia. Niega que exista causa de recusación respecto del Subdirector General del SDC. Estima que una negativa de suministro destinada a restringir el comercio paralelo no sería contraria al artículo 82 TCE, con cita de las conclusiones del AG Jacobs de 28 de octubre de 2004 Asunto C- 53/03 . Finalmente concluye que SKB no ha dispensado trato discriminatorio a Spain Pharma.

QUINTO:.- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEXTO:.- Señalado el día 20 de febrero de 2007 para la votación y fallo ésta se pospuso y tuvo lugar en la reunión del Tribunal de fecha 24 de abril siguiente.

SÉPTIMO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión planteada en este proceso se reduce a determinar el ajuste legal del Acuerdo de 13 de febrero de 2003 del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) por el que ordenó el sobreseimiento de las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por la recurrente, Spain Pharma SA contra Smithkline Beecham SA por:

- a) Reducción o denegación injustificada del suministro de determinados productos farmacéuticos que, desde su inicio de actividades en 1996 destinaba a la exportación y se desarrolló de forma satisfactoria hasta mayo-agosto de 2000
- b) Aplicación a Spain Pharma por la denunciada 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, a pesar de que su balance es impecable

El Acuerdo del SDC fue ratificado el 3 de diciembre de 2003, por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).

SEGUNDO: De conformidad con las consideraciones establecidas en la resolución impugnada, que en definitiva asume las conclusiones expresadas por el Servicio, el

recurso debe ser desestimado subrayando que en esta sede judicial vienen a reiterarse los mismos argumentos que fueron ya objeto de detallada consideración por las autoridades administrativas. En este mismo sentido se manifiesta la argumentación de la codemandada, apoyadas en una extensa y completa cita de clásicas sentencias del TJCE y resoluciones de la Comisión Europea que sientan una doctrina ampliamente consolidada.

De acuerdo con este planteamiento la primera cuestión que debe ser analizada, dado que la denuncia se realiza al amparo del artículo 6 de la Ley 16/1989 (LDC) es la relativa a la determinación del mercado relevante, la valoración sobre la eventual concurrencia de una posición de dominio de la denunciada, y finalmente decidir si tales conductas merecen la calificación de abusivas.

En cuanto a la delimitación del mercado relevante debe tenerse en cuenta, como destacan la resolución impugnada y la codemandada, que resulta razonable la delimitación de un mercado separado de vacunas combinadas contra la hepatitis A y B, pues el carácter preventivo de las vacunas y el hecho de que se dispensen, principalmente, en hospitales a iniciativa de la Administración que llega incluso a imponer la vacunación de grupos de riesgo de la población y es el principal adquirente de vacunas (el 83,5% del mercado total de vacunas se destina a concursos), descarta la pretensión de la recurrente en el sentido de que se tomen en consideración únicamente de los datos de venta en farmacia,

Por lo que respecta al examen sobre la eventual posición de dominio de la denunciada deben distinguirse los siguientes supuestos: en cuanto a las cuotas en cada uno de los mercados relevantes, aún siendo un hecho constatado que son elevadas, no puede con este simple dato concluirse que estamos en presencia de la infracción denunciada. En este sentido debe precisarse que la cuota correspondiente al producto "Claversal" destinado al mercado de los antiinflamatorios intestinales, se ha reducido de un 61,3% en junio de 1996 a un 56% en diciembre de 2001, con un correlativo incremento de las cuotas de los competidores; la de Bactroban, en el mercado de los antibióticos tópicos, debe establecerse, como hizo el SDC, en el 36,7% pues no puede adicionarse la cuota de su licenciatario ISDIN ya que éste tiene capacidad para actuar con independencia en la comercialización de productos propios elaborados a partir del mismo principio activo y no se ha acreditado la existencia de vínculos económicos entre las distintas empresas que permitan establecer una posición de dominio colectiva. El mercado de vacunas contra la hepatitis (A, B, y combinada A y B) merece un examen detenido subrayándose en primer lugar que no puede segmentarse según el canal de distribución creando un mercado autónomo de ventas en farmacias, pues como recuerda el TDC, estos productos tienen una finalidad preventiva siendo la Administración su principal adquirente para la realización de campañas masivas de vacunación con la consecuencia de que está en una posición de fuerza para la fijación de los precios en un mercado fuertemente intervenido. En todo caso, en este mercado las cuotas de la denunciada son sustancialmente más elevadas, este hecho admitido con algunas importantes precisiones por la codemandada, pues se cifran desde el 51,25% al 94,8%. No obstante, deben tomarse en consideración una serie de factores para determinar la posición de dominio, y en concreto que en el sector farmacéutico existe una intensa intervención administrativa que limita la libertad de actuación de las empresas y las sitúa en posición de subordinación frente a la Administración, que la Administración tiene un gran poder de compra, pues además de ser cliente de los laboratorios es órgano regulador y fija los precios a los laboratorios. Por otra parte, existe en el mercado farmacéutico una intensa competencia actual y potencial entre las distintas empresas elaboradoras de productos, con una fuerte atenuación de las

barreras de entrada ya que las autorizaciones para operar se conceden de forma tasada. Finalmente debe tenerse en cuenta que la competencia se basa en la innovación dado el escaso tiempo de protección dispensado por las patentes (.10 años), llegando a la definitiva conclusión, por las razones expuestas, que no existe la infracción denunciada.

TERCERO: El segundo de los temas planteados hace referencia a supuestas prácticas discriminatorias, por aplicación a la denunciante de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que le ocasionaron una desventaja competitiva, en concreto el pago anticipado de los pedidos mientras que concede a otros mayoristas el giro a 30 días. Nuevamente en este caso debemos dar por reproducido el contenido de la fundamentación jurídica de la Resolución del TDC, esencialmente en el sentido de que no se dispensó a Spain Pharma un trato discriminatorio dado que sus condiciones eran distintas a las de otros clientes con los que pretende la comparación destacando que inició sus relaciones comerciales en 1996, que sólo realizaba pedidos aislados que se atendían en función de las reservas de la denunciada, y que en realidad no propuso ninguna forma de pago. Finalmente debe recordarse que la conductas de la denunciada no restringe el comercio entre los Estados miembros de la UE, pues en definitiva tal aseveración no ha sido probada lo que determina la desestimación también de este motivo de recurso.

CUARTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 131 de la LJCA

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas. Así por ésta nuestra sentencia definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 2148 de la LOPJ al tiempo de notificar esta Sentencia se indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo

PUBLICACIÓN

La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.