

RESOLUCIÓN (Expte. R 514/02, Glaxo)

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 20 de enero de 2004

El Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente D. Javier Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 514/02 (1789/98 del Servicio de Defensa de la Competencia), de recurso interpuesto por la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos (ASEPROFAR) contra el Acuerdo del Director del Servicio de Defensa de la Competencia de 21 de febrero de 2002, por el que se confirmó el sobreseimiento del citado expediente.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.- Con fecha 6 de marzo de 1998 se presentó denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia por el representante de la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos (ASEPROFAR) contra la compañía mercantil Glaxo Wellcome S.A. La denunciante imputaba a esta última la práctica de conductas contrarias a la libre competencia prohibidas por los artículos 85 (actual 81) del Tratado de la Unión Europea y 1 y 7 de la Ley 16/1989, por adoptar acuerdos con sus distribuidores españoles para establecer unas nuevas condiciones generales de venta de carácter discriminatorio y por negativa de venta a sus clientes, respectivamente.
- 2.- Por Providencia de 22 de abril de 1998 el Director del Servicio ordenó la incoación de expediente contra la denunciada por presuntas conductas prohibidas por los artículos 85 (actual 81) del Tratado de la Unión Europea y 1 y 7 de la Ley 16/1989.

- 3.- Concluida la instrucción, el 19 de octubre de 1999 el Servicio notificó a las partes interesadas una propuesta de sobreseimiento del expediente 1789/98 que, tras las oportunas alegaciones de éstas, fue seguida del Acuerdo de 4 de febrero de 2000, por el que disponía el sobreseimiento en los términos propuestos. Dicho Acuerdo fue recurrido ante el Tribunal que, en Resolución de 3 de noviembre de 2000 (R 418/00), estimó parcialmente el recurso en lo referente a la imputación de las conductas contrarias a los artículos 85 del Tratado de la Unión Europea y 1 de la Ley 16/1989, indicando que, en relación con dichas imputaciones, el expediente 1789/98 debería quedar suspendido hasta tanto se resolvieran las denuncias y reclamaciones que, sobre los mismos hechos, pendían ante las autoridades comunitarias.
- 4.- El día 8 de mayo de 2001 la Comisión Europea dictó una decisión por la que se declaraba que Glaxo Wellcome había infringido el apartado 1 del artículo 81 del Tratado, lo que motivó que el Servicio acordara el levantamiento de la suspensión del expediente 1789/98 el 18 de diciembre siguiente.
- 5.- El 18 de diciembre de 2001 el Director del Servicio dictó un Acuerdo por el que se ratifica en el de sobreseimiento de 4 de febrero de 2000 en lo relativo al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, elevando dicho Acuerdo al Tribunal que, mediante escrito de 11 de febrero de 2002, comunicó al Servicio la procedencia de integrar en el expediente dicho Acuerdo de ratificación del sobreseimiento y de notificarlo a los interesados a fin de que éstos pudieran interponer los recursos que estimaren procedentes. A la vista de dicho escrito, el Director del Servicio dictó el Acuerdo de 21 de febrero de 2002, de ratificación del sobreseimiento ya decretado el 4 de febrero de 2000, que es el que ahora se recurre.
- 6.- Contra dicho Acuerdo, la empresa denunciante interpuso recurso ante este Tribunal, por medio de escrito presentado el día 8 de marzo de 2002, en el que manifiesta su disconformidad con el mismo expresando, en síntesis, que el Servicio de Defensa de la Competencia ha decretado el sobreseimiento del expediente sin haber dado cumplimiento a lo ordenado por el artículo 37.4 de la Ley 16/1989, ya que ha omitido los trámites previos de dar traslado a los interesados de una propuesta de sobreseimiento para que formularan las alegaciones oportunas y que, como consecuencia de la inobservancia de este trámite, se le ha causado indefensión.
- 7.- Admitido el Recurso a trámite, el Tribunal dictó Providencia el 3 de abril siguiente, dando traslado de las actuaciones a los interesados para que

formulasen alegaciones en apoyo de sus pretensiones, lo que ha sido cumplimentado por todos ellos.

- 8.- El 10 de abril de 2002 Spain Pharma solicitó ser interesado, lo que se admitió por Providencia de 26 de abril de 2002.
- 9.- El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 14 de enero de 2004.
- 10.- Son interesados:
 - Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos (ASEPROFAR)
 - Spain Pharma S.A.
 - Glaxo Wellcome S.A.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Asociación recurrente impugna el Acuerdo de sobreseimiento dictado por el Director del Servicio de Defensa de la Competencia, afirmando que el Servicio ha seguido un procedimiento absolutamente incorrecto para acordar el sobreseimiento, ya que hubiera debido dar cumplimiento, con carácter previo, al trámite de propuesta y audiencia que previene el artículo 37.4 de la Ley de Defensa de la Competencia y que con ello ha provocado una situación de indefensión para la propia recurrente, que ha visto conculcado su derecho a ser oída antes de la adopción de un acuerdo de sobreseimiento que ponga fin al procedimiento sancionador. Alega que dicha indefensión es grave ya que es del máximo interés pronunciarse sobre la improcedencia del sobreseimiento al considerar la recurrente que ciertos hechos puestos de manifiesto en el expediente son contrarios al artículo 1 LDC por afectar al mercado nacional de la distribución farmacéutica minorista y no han sido resueltos por la Comisión Europea en su Resolución de 8 de mayo de 2001.

Por su parte, el Servicio informa desfavorablemente el recurso, afirmando que se dió cumplimiento a los trámites legales, ya que el Servicio redactó la propuesta de sobreseimiento con fecha 19 de octubre de 1999 a la que, tras las oportunas alegaciones de la ahora recurrente, siguió el Acuerdo de sobreseimiento de 4 de febrero de 2000, del que el Acuerdo que ahora se recurre no es sino una ratificación llevada a cabo una vez que concluyó la suspensión del procedimiento ordenada por el Tribunal en su Resolución R 418/00 y que dicha ratificación se llevó a cabo por el Servicio siguiendo las

indicaciones del Tribunal, transmitidas mediante escrito de 11 de febrero de 2002.

En cuanto a los demás interesados, Glaxo Wellcome S.A. se opone al recurso, coincidiendo con el Servicio en que el trámite de audiencia previo al sobreseimiento había sido ya realizado con anterioridad e insiste en la procedencia del sobreseimiento acordado, ya que las conductas sobreseídas no afectan a la competencia en el territorio nacional y debe respetarse el principio de primacía del derecho comunitario. Spain Pharma, por último, apoya el recurso y abunda en los mismos argumentos alegados por la recurrente.

SEGUNDO.- El Tribunal debe señalar en primer lugar -respecto a la pretendida indefensión- que en el expediente que nos ocupa, y tras la necesaria instrucción, el Servicio redactó la debida propuesta de sobreseimiento con fecha 19 de octubre de 1999, a la que, tras las oportunas alegaciones del hoy recurrente, siguió el correspondiente Acuerdo de sobreseimiento de fecha 4 de febrero de 2000 contra el que el hoy recurrente interpuso recurso ante el TDC, que fue informado por el Servicio y remitido junto con el expediente para su sustanciación.

Teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional ha establecido de modo reiterado que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses, dado que al recurrente se le dio trámite de audiencia con la redacción de la propuesta de sobreseimiento de 19 de octubre de 1999 y que posteriormente tuvo oportunidad de recurrir, como así lo hizo, el Acuerdo de sobreseimiento de 4 de febrero de 2000 y también se le ha dado trámite de recurso en el Acuerdo de sobreseimiento de 21 de febrero de 2002 cuyo recurso ahora se resuelve, el Tribunal considera que no se le ha privado en absoluto de ejercitar su potestad de alegar ni de defender sus derechos e intereses que es el requisito que exige el Tribunal Constitucional para declarar la indefensión. Téngase en cuenta que siendo coincidentes los Acuerdos de sobreseimiento de 4 de febrero de 2000 y de su ratificación, de 21 de febrero de 2002 -y habiéndose formulado alegaciones al primero tanto ante el Servicio como ante este Tribunal en los recursos R 416/00 y R 418/00- la anulación del segundo sólo dilataría el procedimiento conduciendo al mismo punto, dado que el Servicio ha dictado su sobreseimiento sobre la base de una argumentación que ya ha sido objeto de extensa alegación por todos los interesados. Aseprofar ha tenido, por lo tanto, múltiples posibilidades de alegar frente a los argumentos esgrimidos por el Servicio para acordar el sobreseimiento,

y el escrito de este Tribunal de 11 de febrero de 2002 pretendía concederle otra posibilidad adicional abriendo la vía del recurso, derecho que, efectivamente, Aseprofar ha podido de nuevo ejercitar.

En estas circunstancias, no puede aceptarse la pretensión de indefensión de la recurrente. Este Tribunal -en línea con la jurisprudencia constitucional- no considera suficiente, a los efectos de constatar una instancia de indefensión, la existencia de una omisión o defecto formal, sino que exige que los interesados vean efectivamente mermadas sus posibilidades de alegar lo que a su derecho convenga.

El Tribunal entiende también que con la redacción del Acuerdo del Director del Servicio de Defensa de la Competencia, de 18 de diciembre de 2001, sin previo trámite de audiencia a los interesados, no estaba incumpliendo el artículo 37.4 de la LDC toda vez que dichos interesados ya se habían pronunciado sobre el sobreseimiento e incluso lo habían recurrido y dicho sobreseimiento se mantenía en todos sus términos. El Servicio, visto el escrito del TDC, de fecha 11 de febrero de 2002, se limitó a cumplir exactamente lo que se ordenaba en el mismo redactando el correspondiente Acuerdo que ahora es objeto de recurso. En consecuencia, habiendo quedado claramente establecido que se han cumplido los trámites del procedimiento, no procede aceptar la existencia de un vicio que acarree la anulabilidad.

TERCERO.- Respecto a las cuestiones sustanciales planteadas por la recurrente se debe señalar que, una vez levantada la suspensión por el SDC, sólo cabe confirmar el sobreseimiento íntegro del expediente, puesto que este Tribunal ha confirmado en las Resoluciones R 416/00 y R 418/00 el sobreseimiento respecto de los artículos 7 LDC y 82 CE (sobreseimientos firmes por no haber sido recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa), y ni el artículo 81 CE, ni el artículo 1 LDC resultan aplicables en el presente caso.

Efectivamente, además de que el Servicio no incoó expediente por infracción del artículo 1 de la LDC, no existe infracción a dicho artículo 1 dado que las condiciones generales de venta de Glaxo no afectan a la competencia en el mercado nacional, como por otra parte razona correctamente el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio y tal y como ya este Tribunal se manifestó en la resolución R 418/00. Aun suponiendo que el Servicio hubiera incoado también expediente sancionador contra Glaxo porque sus condiciones generales de venta notificadas a la Comisión Europea podrían infringir el artículo 1 de la LDC, no cabría mantener tal imputación en tanto en cuanto que el acuerdo notificado a la Comisión Europea por restringir el comercio

paralelo entre los Estados miembros no es, lógicamente, en ningún caso, susceptible de restringir la competencia en el mercado nacional. Así, el Servicio, en el Acuerdo de sobreseimiento de 21 de febrero de 2002 que reproducía el contenido del Acuerdo de 4 de febrero de 2000 señalaba también que en ningún caso esta actuación daría lugar a una afectación de las condiciones en el mercado nacional (entendiendo por éste el mercado español de la distribución de productos farmacéuticos), puesto que los denunciantes no compiten en el mercado español sino en el comunitario y, aún cuando se admitiese la situación de dependencia económica de los distribuidores mayoristas con respecto a Glaxo, lo que importa a efectos de la aplicación de la LDC es la defensa del interés público consistente en proteger las condiciones de funcionamiento de la libre competencia en el mercado nacional, y ésta no se ve afectada por la conducta denunciada. Por lo tanto, lo que sería objeto de investigación sería el mantenimiento de esa doble lista de precios, mantenimiento que es lo que la Comisión obliga que cese en su Decisión. Pero, además, el incumplimiento por parte de Glaxo de dicha Decisión debería, en todo caso, ser denunciado ante dicha instancia comunitaria, toda vez que la práctica denunciada, como se acaba de decir reiterando lo dicho anteriormente, no puede causar efectos sobre el mercado nacional ya que en ese mercado las condiciones de venta han permanecido inalteradas. Es lógico, por ello, que, al afectar al comercio intracomunitario y no al mercado nacional, estas condiciones generales de venta fueran notificadas a la Comisión Europea con el fin de obtener una exención al amparo del artículo 81.3 CE.

Teniendo en cuenta el principio de primacía del Derecho comunitario, el Servicio no podía cuestionar la Decisión de la Comisión. La falta de competencia de las autoridades nacionales para aplicar el artículo 81.1 CE a partir de la incoación de expediente comunitario por parte de la Comisión Europea, no es transitoria, sino definitiva, por lo que no cabe, en ningún caso, volver a aplicar el artículo 81 a los mismos hechos en el marco del procedimiento nacional una vez concluido el expediente comunitario. El procedimiento por infracción del artículo 81 ha sido instruido y concluido por la Comisión y el Servicio ha procedido a analizar si la conducta denunciada podría, asimismo, constituir una infracción de la LDC concluyendo, correctamente, que dicha conducta no impide, restringe o falsea la competencia en todo o parte del mercado nacional por lo que, de conformidad con el texto legal, no procede la imputación de una infracción del artículo 1 de dicha Ley.

En cuanto a la negativa de suministro a quienes no suscribieron las condiciones generales de venta, el Tribunal considera, al igual que el Servicio, que no puede ser enjuiciada como una conducta independiente del establecimiento de la doble lista de precios. Este Tribunal, al resolver el correspondiente recurso planteado por el ahora recurrente ya concluyó lo siguiente: Desestimar el recurso interpuesto (...), en lo referente a que la negativa de suministro a quienes no suscribieron las condiciones generales de venta sea enjuiciada como una conducta independiente.

VISTOS los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

RESUELVE

Único: Desestimar el recurso interpuesto por ASEPROFAR contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de fecha 21 de febrero de 2002 por el que se notifica a las partes el Acuerdo de 18 de diciembre de 2001 que ratifica el Acuerdo de 4 de febrero de 2000 por el que se sobreseían las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por ASEPROFAR y ASECOFARMA con fecha 6 de abril de 1998 y por Spain Pharma con fecha 9 de julio de 1998 contra Glaxo Wellcome S.A. por establecer doble precio y por negativa de suministro a los mayoristas no firmantes de las condiciones generales de venta de Glaxo.

Comuníquese la presente Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que es definitiva en vía administrativa y que contra ella no cabe recurso administrativo alguno, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.