

Id. Cendoj: 28079230062006100381
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 30/06/2006
Nº de Recurso: 132/2004
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a treinta de junio de dos mil seis.

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

Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 132/2004, se tramita, a

instancia de ASOCIACIÓN DE EXPORTADORES ESPAÑOLES DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS (ASEPROFAR), representada por el Procurador D. Antonio R. Rodríguez

Muñoz, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 20 de enero de

2004 (expte. R 514/02), sobre sobreseimiento de expediente, en el que la Administración

demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha intervenido

como parte codemandada GLAXO WELLCOME; S.A., representada por el Procurador D. Amancio

Amaro Vicente. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 23 de marzo de 2004, y la Sala, por providencia de fecha 22 de abril de 2004, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

El 19 de mayo de 2004 la representación procesal de GLAXO WELLCOME, S.A. presentó escrito en el que solicitó su personación en autos, y la Sala, por providencia de 20 de mayo de 2004 la tuvo por personada en calidad de parte codemandada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

La Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. Y en su turno también contestó a la demanda la parte codemandada.

TERCERO.- No se solicitó el recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 27 de junio de 2006.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 20 de enero de 2004, que desestimando un recurso de la ASOCIACIÓN DE EXPORTADORES ESPAÑOLES DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS (ASEPROFAR), confirmó el Acuerdo del SDC de sobreseimiento de las actuaciones derivadas de una denuncia presentada contra GLAXO WEOLLCOME, S.A. el 6 de abril de 1998.

Son antecedentes fácticos a tener en cuenta en la presente sentencia:

1) El 6 de marzo de 1998 Glaxo Wellcome notificó a la Comisión europea unas condiciones generales de venta, en las que establecía para sus medicamentos fabricados en España, dos lista de precios diferentes, que dependían de si los productos eran finalmente destinados al mercado español u objeto de exportación paralela.

2) El 6 de abril de 1998 la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos (ASEPROFAR), parte actora en este recurso y la Asociación de Empresarios de Cooperativas Farmacéuticas (ASECOFARMA), formularon denuncia contra Glaxo Wellcome, ante el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC). El 9 de julio de 1998 Spain Pharma interpuso también denuncia contra Glaxo Wellcome.

El SDC acumuló las tres denuncias en su expediente 1789/98. Las conductas denunciadas eran: a) establecer en sus nuevas Condiciones Generales de venta dos listas de precios divergentes, dependiendo si los productos eran destinados a la distribución en España o a la exportación, b) negar el suministro a los distribuidores que no suscribieran dichas Condiciones, y c) otorgar un trato de favor a COFARES para contar con su apoyo de cara al lanzamiento de las nuevas Condiciones Generales de Venta.

3) Con posterioridad a la notificación efectuada por Glaxo Wellcome a la Comisión europea sobre sus nuevas condiciones de venta, de 06/03/1998, que hemos citado en el apartado 1, varios mayoristas y asociaciones de mayoristas presentaron denuncias ante la Comisión, sosteniendo que las condiciones de venta infringen los artículos 81 y 82 del Tratado (expediente IV/31.121 /F3).

4) El 22 de junio de 1999 el SDC dictó acuerdo de sobreseimiento parcial en el apartado de la denuncia relacionado con COFARES, que al no ser impugnado ha adquirido firmeza.

5) El 13 de julio de 1999 la DGIV de la Comisión notificó el Pliego de Cargos a Glaxo Wellcome.

6) A la vista del citado Pliego de Cargos, el SDC acordó el 4 de febrero de 2000, el sobreseimiento de las conductas del expediente 1789/98 que estaban siendo investigadas: a) doble lista de precios y b) negativa de suministro a los distribuidores que no aceptaran las nuevas condiciones.

Este Acuerdo de Sobreseimiento fue impugnado por ASEPROFAR ante el TDC, que dictó Resolución de 3 de noviembre de 2000 (R 418/2000), que: a) estimó parcialmente el recurso en lo referente a la imputación de conductas contrarias a los artículos 1 LDC y 81 TCE, debiendo considerarse el expediente suspendido en este punto hasta que haya resolución firme de las autoridades comunitarias europeas, b) desestimó el recurso en la referente a la imputación a GLAXO WELLCOME de una conducta contraria a los artículos 7 LDC y 16 LCD, consistente en negativa de venta a sus clientes.

La Resolución del TDC que se acaba de citar fue recurrida ante esta Sala de lo contencioso administrativo por Glaxo Wellcome (recurso 9/2001) y siendo desestimado el recurso por sentencia de 26 de enero de 2004.

7) El 8 de mayo de 2001 la Comisión adoptó su Decisión en el expediente seguido por estos hechos (2001/791/ CE - DOCE de 17/11/2001), en cuya parte dispositiva se dice:

Artículo 1

Glaxo Wellcome ha infringido el apartado 1 del artículo 81 del Tratado al firmar un acuerdo con los mayoristas españoles que establece una distinción entre los precios facturados a los mayoristas aplicables a la reventa nacional de medicamentos reembolsables a farmacias u hospitales y otros precios mayores aplicables a las exportaciones a cualquier otro Estado miembro.

Artículo 2

Se rechaza la petición de Glaxo Wellcome de obtener una exención, con arreglo al apartado 3 del artículo 81 del Tratado, para el acuerdo mencionado en el artículo 1.

Artículo 3

Glaxo Wellcome pondrá fin inmediatamente a la infracción mencionada en el

artículo 1 siempre y cuando aún no lo haya hecho. Se abstendrá de repetir cualquier medida que constituya esta infracción y de volver a tomar cualquier medida que tenga el mismo objeto o efecto.

Artículo 4

Glaxo Wellcome informará a la Comisión, en el plazo de los dos meses a partir de la notificación de la presente Decisión, de las medidas que haya adoptado para poner fin a la infracción.

8) El 17 de diciembre de 2001 el SDC acordó el levantamiento de la suspensión del expediente y el 18 de diciembre de 2001 el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia dictó Acuerdo por el que se ratifica en el Acuerdo de sobreseimiento de 4 de febrero de 2000, que eleva directamente al TDC.

El TDC devuelve el 11 de febrero de 2002 el expediente al SDC para que notifique a los interesados el Acuerdo de 18 de diciembre de 2001.

9) El Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia da cumplimiento a lo ordenado por el TDC en Acuerdo de 21 de febrero de 2002, de sobreseimiento del expediente, que es notificado a los interesados.

10) El recurso de ASEPROFAR contra el anterior Acuerdo del SDC es desestimado por el TDC, en su Resolución anteriormente citada, de 20 de enero de 2004, que constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) omisión del trámite de audiencia previa establecido en el artículo 37.4 LDC, b) infracción del artículo 1 LDC, por afectación de la competencia en el mercado español.

El Abogado del Estado contesta que no existe indefensión porque la sociedad demandante ha podido alegar lo que ha estimado por conveniente sobre el sobreseimiento y no existe infracción del artículo 1 LDC dado que las condiciones generales de venta de GLAXO no afectan a la competencia en el mercado nacional, ya que los denunciantes compiten en el mercado comunitario.

La parte codemandada alega inexistencia de indefensión por la falta de alegaciones a la propuesta de sobreseimiento y en cuanto al fondo, que la denuncia sobre la negativa de suministro fue archivada por Acuerdo del SDC de 4 de febrero de 2000, que es firme y respecto de la infracción del artículo 1 LDC, que el expediente nunca fue incoado por dicha infracción y, subsidiariamente, que las condiciones de venta de Glaxo no afectan al mercado nacional, sino el mercado comunitario.

TERCERO.- La primera cuestión que suscita la demanda ha sido tratada por esta Sala en la sentencia de 16 de febrero de 2006 (recurso 594/2003), en un recurso interpuesto por SPAIN PHARMA, S.A. contra el Acuerdo del TDC de 30 de junio de 2003, que confirmó el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, de 21 de febrero de 2002, de sobreseimiento del expediente 1789/98, al que se refiere el presente recurso.

Seguimos ahora los razonamientos de nuestra sentencia de 16 de febrero de 2006 por razones de unidad de criterio.

El precepto que el recurrente considera infringido es el artículo 37.4 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que establece que cuando el SDC considere que no se ha acreditado la existencia de prácticas prohibidas redactará la propuesta de sobreseimiento que se notificará a los interesados para que en el plazo de 10 días hagan las alegaciones oportunas. Posteriormente el Servicio, podrá acordar el sobreseimiento del expediente con archivo de las actuaciones.

En el Fundamento Jurídico Primero de esta sentencia hemos hecho un resumen del trámite seguido en el expediente que se encuentra en el origen de este recurso, del que resulta que hubo un primer Acuerdo de sobreseimiento del SDC, de fecha 04/02/2000, que conforme previene el artículo 37.4 LDC estuvo precedido por la elaboración de una propuesta, de 19/10/99 (folios 3777 a 3789 del expediente), notificada a la recurrente, que efectuó sus alegaciones en escrito de 04/11/99 folios 3900 a 3913 del expediente).

El recurso de alzada contra dicho sobreseimiento fue estimado parcialmente por el TDC, en su Resolución de 3 de noviembre de 2000, en lo referente a la imputación de conductas contrarias a los artículos 1 LDC y 81 TCE (actual 81 TCE), y la decisión del TDC fue que el expediente debía considerarse suspendido a la espera de la resolución por parte de las oportunas instancias comunitarias. El SDC actuó conforme a lo ordenado por el TDC, y por Providencia de 18 de enero de 2001 (folio 4530 del expediente), suspendió el procedimiento hasta la resolución por parte de las oportunas instancias comunitarias.

Tras la decisión de la Comisión Europea, que se produjo el 8 de mayo de 2001 (folios 4554 a 4622), publicada en el DOCE L-302, de 17 de noviembre de 2001, el SDC levantó la suspensión en providencia de 17/12/2001 y el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó el 21 de febrero de 2002 el sobreseimiento del expediente 1789/98. Tal Acuerdo se notificó a los interesados, entre ellos a la sociedad hoy demandante, que interpuso recurso de alzada ante el TEAC.

El Acuerdo del SDC de 21 de febrero de 2002, que ratifica el anterior Acuerdo de sobreseimiento, del SDC de 4 de febrero de 2000, es consecuencia de una Resolución del TDC de 03/11/2000, que ordenó la suspensión del procedimiento, y tal suspensión, a falta de indicación en contrario por el TDC, ha de entenderse que se produce en la fecha en que se acuerda, sin ninguna clase de retroacción de actuaciones. Por tanto, suspendido el procedimiento después de la fase de alegaciones a la propuesta de resolución, el levantamiento de la suspensión supone la continuación del trámite desde dicho momento, sin que el SDC tenga que retroceder a un trámite anterior que no había sido anulado.

A lo anterior se suma que, en cualquier caso, no existe ninguna indefensión para el demandante, que además de las alegaciones que había efectuado tras la propuesta de Resolución del SDC, tuvo nuevamente la oportunidad de efectuar alegaciones sobre los puntos que interesaran a su derecho en el trámite de recurso ante el TDC, que efectuó un traslado de las actuaciones a los interesados para que formularan alegaciones en apoyo de sus pretensiones, cumplimentado por todos ellos, como indica el antecedente de hecho nº 7 de la propia Resolución del TDC impugnada de 20/01/2004.

CUARTO.- En cuanto al fondo, ASEPROFAR considera que la negativa de suministro a quienes no suscribieron las condiciones de venta es independiente del sistema de

doble precio de Glaxo Wellcome, y que dicha negativa es contraria al artículo 1 LDC.

Esta cuestión de si la negativa de suministro es una cuestión autónoma o no de la doble lista de precios fue tratada abundantemente por la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de noviembre de 2000 (expediente 418/2000), confirmada por la sentencia firme de esta Sala de 26 de enero de 2004 (recurso 9/2001), ambas citadas entre las abundantes actuaciones administrativas y jurisdiccionales que precedieron a la resolución hoy impugnada.

El TDC ha mantenido en dicha Resolución firme de 03/12/2000, que la doble lista de precios y la negativa de venta no son sino dos aspectos de una misma actuación (F.D. 8º).

En efecto, Glaxo desea obtener unos objetivos (el restringir unas exportaciones desde España hacia países donde reinan precios más elevados para sus productos) y, para ello, propone a sus distribuidores unas condiciones generales de venta que incorporan la doble lista de precios; posteriormente, los distribuidores que no han suscrito las condiciones se encuentran con que no reciben la mercancía que solicitan. No parece lógico, desde el punto de vista del contexto de política empresarial en que se produce la operación, el considerar a la negativa de venta como un hecho aislado, sino que más bien constituye un elemento esencial de la presión que ejerce Glaxo sobre sus distribuidores para que acepten dichas condiciones.

Insiste en TDC en la Resolución firme que citamos que el establecimiento de unas condiciones y la negativa de venta a quienes no las acepten constituyen una misma actuación dirigida a frenar las exportaciones paralelas (FD 10º):

...no aparece que dicha negativa haya funcionado de forma independiente de la propuesta de unas condiciones de venta. Tal independencia se hubiera dado si las empresas afectadas por la negativa hubieran sido distintas de aquéllas a las que se proponía las nuevas condiciones de venta o si, siendo las mismas, esa negativa se hubiera relacionado con circunstancias distintas de dicha propuesta. No existe independencia sino, por el contrario, una clara explicación económica al conjunto de hechos que se analizan en este procedimiento y que viene dada por el deseo, nunca negado por la interesada, de Glaxo de poner fin a una actividad, la de las exportaciones paralelas de medicamentos, que considera claramente lesivas para sus intereses. La licitud de ese intento de frenar las exportaciones es el asunto que está hoy siendo analizado por las autoridades comunitarias y el intento de distinguir entre un acuerdo de precios y una negativa de venta, susceptibles de ser analizados en dos jurisdicciones diferentes, supondría desvirtuar la realidad económica de la actuación de Glaxo y podría dar lugar a que adoptasen resoluciones contradictorias entre ambas.

En definitiva, la negativa de suministro aparece como una conducta instrumental que no puede enjuiciarse como una conducta independiente, pues no es sino un medio para conseguir el fin pretendido. La propia ASEPROFAR recurrente no es ajena a este análisis, que compartía en su escrito inicial de denuncia, cuando reconocía en su F.D.2º (folio 4 del expediente administrativo), que "...la supeditación del suministro al hecho de que los distribuidores firmen las condiciones generales de venta constituye un acto que refuerza los efectos anticompetitivos de la conducta descrita..."

A mayor abundamiento, existe otro argumento para el sobreseimiento, de naturaleza

subsidiaria al hasta aquí examinado, que fue apreciado por la Resolución del SDC de 4 de febrero de 2000 y que hace referencia a la exigencia para apreciar una infracción del artículo 1 LDC de la presencia de más de un operador económico, por lo que la decisión unilateral de una empresa no puede encuadrarse entre los acuerdos tipificados en el artículo 1 LDC.

Por las anteriores razones procede la confirmación de la Resolución impugnada, con desestimación de presente recurso contencioso administrativo.

QUINTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de ASOCIACIÓN DE EXPORTADORES ESPAÑOLES DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS (ASEPROFAR), contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 20 de enero de 2004, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

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