

Id. Cendoj: 28079230062006100454
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 09/03/2006
Nº de Recurso: 669/2003
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a nueve de Marzo de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la

Audiencia Nacional ha promovido Cofares, Sociedad Cooperativa Farmacéutica Española, y en su

nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María Fuencisla Martínez Mínguez, frente a la

Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución

del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 22 de septiembre de 2003, relativa a archivo de

expediente sobre prácticas contrarias a la libre competencia, siendo Codemandada Organón Española S.A. y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Felipe Juanas Blanco, y la

cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Cofares, Sociedad Cooperativa Farmacéutica Española, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María Fuencisla Martínez Mínguez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 22 de septiembre de 2003, solicitando a la Sala, declare la nulidad de las sanción que nos ocupan.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del

mismo a la parte recurrente para que en 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 el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal 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.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veintiocho de febrero de dos mil seis.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 25 de septiembre de 2003, por la que se desestima el recurso frente al Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 5 de noviembre de 2002, por el que se acuerda el sobreseimiento del expediente originado por la denuncia interpuesta por la actora frente a la codemandada.

La cuestión fundamentalmente discutida lo es la delimitación del mercado relevante, pues el TDC entiende que el mercado de producto se define aplicando el criterio del uso terapéutico idéntico a los diversos productos competidores, empleando como referencia la "Clasificación Anatómica Terapéutica" - OM 13 mayo de 1985 -. Esto es, cualquiera que sean los principios activos de los distintos productos, el mercado relevante se determina por el conjunto de productos destinados al tratamiento de la menopausia.

La recurrente entiende que el producto Boltin no puede ser intercambiado pues los demás productos terapéuticos requieren una terapia distinta y compuesta, de suerte que cuando una farmacia no dispone de Boltin la paciente ha de ser reenviada al médico a fin de que prescriba un tratamiento distinto.

SEGUNDO: El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, en su redacción dada por la Ley 52/1999 de 28 de diciembre, dispone: " 1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas

adicionales que no se conceden a compradores similares."

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..." - hoy la suma ha de entenderse de 901.518,16 euros -.

Del primero de los preceptos citados resulta: 1) El tipo sancionado en el artículo seis lo es el abuso de posición de dominio, lo que presupone dos elementos, la existencia de una posición de dominio en el mercado de referencia y el abuso de tal posición. Las conductas que se consideran abusivas y se explicitan en el propio precepto, lo son a título enunciativo, pues el elemento esencial lo es que la conducta sea efectivamente abusiva aún no respondiendo a alguno de los supuestos señalados por la norma. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para afectar a la libre competencia limitándola en todo o parte del mercado nacional.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

TERCERO: Decíamos que para que una conducta pueda ser subsumida en el artículo 6 de la Ley 16/1989, en relación al abuso de dominio, es necesario que concurren dos elementos, el primero que exista una posición de dominio en el mercado de referencia, y otro, que exista un comportamiento abusivo.

Para la determinación de la concurrencia del primer elemento es necesario determinar el mercado de referencia a fin de establecer si se da la posición de dominio en él por el agente que realiza la conducta analizada.

En tal sentido hemos de acudir a la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C372/03), publicada en el Diario Oficial nº C 372 de 09/12/1997.

En primer lugar hemos de señalar que en punto 1 de la Comunicación, la Comisión parte de la distinción entre mercado de producto de referencia y mercado geográfico de referencia, a fin de establecer las cuotas de mercado que aportan una información significativa respecto al poder de mercado de un agente a fin de determinar la existencia de posición de dominio. A continuación se define el mercado de referencia en los apartados 7 y 8:

«El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y

servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.».

«El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.»

En la determinación de los mercados de referencia la Comisión ha seguido en los pronunciamientos anteriores las pautas recogidas por la propia Comisión la Comunicación antes citada, en cuanto a los criterios de sustituibilidad de la demanda, de la oferta y la competencia potencial. La primera viene referida a la facilidad con que el consumidor demandará otro producto ante una alteración del precio u otra condición de venta, la sustituibilidad de la oferta viene referida a la facilidad - atendiendo a los costes y riesgos - con la que el proveedor pueda ofertar un producto idéntico al mercado en el corto plazo, cuando se produce alteraciones en las condiciones de oferta de dicho producto por otro proveedor, y la competencia potencial hace referencia a las barreras de entrada de nuevos competidores ya sean por la estructura del mercado como por las características geográficas.

Siguiendo estos criterios, el TDC ha analizado la cuota de mercado para determinar si existe posición de dominio de la recurrente.

Así, hemos de resaltar que el TDC en la página 10 de la Resolución que nos ocupa, refleja en un cuadro la cuota de Boltin en el mercado, en relación con los restantes productos sustitutivos - G3C, G3D y G3F -, del que resulta que en el año en que mayor fue la cuota de Boltin alcanzó el 37,05%. La posición del laboratorio que lo fabrica, en 2001, tenía una cuota de mercado del 1,06% y ocupaba el puesto 30.

Pues bien, para determinar si estos datos reflejan una posición de dominio hemos de atender a la definición que de la misma realiza la Comisión y el TJCE.

La Comisión en la Comunicación a la que nos venimos refiriendo afirma:

En el marco de la política de competencia comunitaria, posición dominante es la que permite a una empresa o grupo de empresas comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores - definición del TJCE en la sentencia de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76 Hoffmann-La Roche -. Tal situación se produce, por lo general, cuando una empresa o grupo de empresas controlan una parte importante de la oferta en un mercado determinado, siempre que los demás factores analizados en la valoración (barreras a la entrada, capacidad de reacción de los clientes, etc.) apunten en la misma dirección.

Además el TJCE ha señalado que una posición dominante puede ser el resultado de diversos factores que, considerados separadamente, no serían necesariamente determinantes - sentencia de 8 de octubre de 1996 en los asuntos acumulados T24/93, T25/93, T26/93 y T28/93, Compagnie Maritime Belge Transports and Others contra Comisión.

Pues bien, atendiendo a todos los aspectos señalados, hemos de concluir que la entidad codemandada no ostenta una alta cuota en el mercado relevante - geográfico

nacional y de producto los destinados al tratamiento de la menopausia -, y por ello no puede afirmarse que ostente posición de dominio.

Las argumentaciones de la codemandada en cuanto a que el tratamiento no es idéntico en su formulación cuando se emplea el Boltin u otro producto para el tratamiento de la menopausia, no desvirtúa lo dicho, pues aún siguiendo tratamientos específicos diversos, lo cierto es que los productos sirven al tratamiento que nos ocupan y son utilizados por los consumidores, pudiendo ser intercambiados, dadas sus acciones terapéuticas.

CUARTO: En cuanto a la aplicación del artículo 1 de la Ley 16/1989, acierta el TDC cuando señala que las conductas en el precepto recogidas, parten de una idea de concurrencia de dos o más empresas u operadores económicos pues se trata de voluntades concertadas, por lo que no puede ser aplicado en este caso.

QUINTO: En cuanto a la legitimación de la recurrente para impugnar el acuerdo que nos ocupa, según declara la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de junio de 2005, dictada en el recurso 1425/2003: "La cuestión de la legitimación activa, como necesario requisito para entablar la acción judicial de que se trate, ha pasado por una evolución de sobra conocida en el campo contencioso-administrativo. Del interés directo a que se refería el artículo 28 a) de la Ley de 26 de diciembre de 1.956, progresivamente flexibilizado por la doctrina constitucional, hasta el mero interés legítimo que menciona el artículo 19.1.a) de la vigente Ley 29/98, se traza una tendencia progresivamente encaminada a ampliar el ámbito de dicha legitimación, aunque sin llegar a admitir -salvo en los supuestos taxativamente contemplados en la Ley- como justificante de la misma la mera defensa de la legalidad.

En cuanto al alcance mismo de la legitimidad en que el interés ha de sustentarse, si bien en un principio se conectaba exclusivamente con la idea de un beneficio económico, o al menos económicamente evaluable, en la actualidad se identifica igualmente con la idea de beneficios de carácter moral, competitivos o de interés profesional, que es precisamente el que se invoca en este caso."

Es evidente que la declaración de ser la conducta abusiva de una posición de dominio con los correspondientes requerimientos, afecta directamente a la esfera jurídica de la recurrente en cuanto tendría efectos sobre la manera de comercialización del producto afectando a las farmacias integradas en la entidad actora.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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 Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Cofares, Sociedad Cooperativa Farmacéutica Española, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María Fuencisla Martínez Mínguez, frente a la Administración del

Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 22 de septiembre de 2003, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.