

RESOLUCIÓN (Expte. R 515/02, 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 30 de junio de 2003.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. José Juan Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 515/02 (1789/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), incoado para resolver el recurso interpuesto por Spain Pharma, S.A., contra el Acuerdo del Servicio, 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 las denuncias presentadas por la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos (ASEPROFAR) y la Asociación de Empresarios de Cooperativas Farmacéuticas (ASECOFARMA) con fecha 6 de abril de 1998 y por Spain Pharma S.A. con fecha 9 de julio de 1998 contra Glaxo Wellcome S.A. (Glaxo) por establecer doble precio y por negativa de suministro a los mayoristas no firmantes de las condiciones generales de venta de Glaxo.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 11 de marzo de 2002 se recibió en el Tribunal un escrito de Spain Pharma por el que se interponía recurso contra el Acuerdo del Servicio de 21 de febrero de 2002 que ratifica el Acuerdo de Sobreseimiento del expediente de 4 de febrero de 2000 en el que se sobreseían las actuaciones derivadas de las denuncias presentadas por ASEPROFAR y ASECOFARMA el 6 de abril

de 1998 y por Spain Pharma el 9 de julio de 1998 contra Glaxo por establecer doble precio y por negativa de suministro a los mayoristas no firmantes de las condiciones generales de venta de Glaxo.

2. El Acuerdo recurrido es consecuencia de la decisión del Tribunal, de 11 de febrero de 2002, en la que se indicaba que el Servicio notificara a las partes su Acuerdo de 18 de diciembre de 2001, de ratificación del sobreseimiento acordado el 4 de febrero de 2000.

Los motivos resumidos del escrito de recurso son:

- a) Infracción de las normas de procedimiento (ausencia de propuesta de sobreseimiento) e indefensión a Spain Pharma.
 - b) Existencia de un sobreseimiento tácito.
 - c) Incorrecta aplicación del principio “non bis in idem” y del principio de primacía del Derecho Comunitario.
3. Un resumen de lo acontecido en todo el complejo proceso procedimental es el siguiente:

- 3.1. El 6 de Marzo de 1998 Glaxo notificó a la Comisión unas condiciones generales de venta en las que establecía, para sus medicamentos fabricados en España, dos listas de precios diferentes dependiendo de que los productos fuesen finalmente destinados al mercado español u objeto de exportación paralela, siendo los precios establecidos para el segundo caso superiores a los que se practicaban habitualmente en los países comunitarios.

En su notificación Glaxo solicitaba, para las citadas condiciones de venta, una declaración negativa o, en su defecto, una autorización singular (Asunto IV/ 36.957/F3).

- 3.2. El 6 de Abril de 1998 ASEPROFAR y ASECOFARMA formularon una denuncia, con solicitud de medidas cautelares, contra Glaxo por las condiciones de venta establecidas por esta entidad el 6 de marzo de 1998, al considerar que supuestamente podían ser constitutivas de infracción del artículo 85 (actual art. 81) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y del artículo 7 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC).
- 3.3. Por Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, el 22 de Abril de 1998 se procedió a la incoación de expediente por presuntas infracciones de los artículos 1 y 7 de la LDC y 85.1 (actual 81.1) del TCE.

- 3.4. Con fecha 25 de junio de 1998 Spain Pharma presentó una denuncia ante la Comisión Europea en los mismos términos que la presentada ante los órganos nacionales de competencia. La Comisión Europea decidió analizar el sistema de doble precio de Glaxo Wellcome.
- 3.5. El 9 de Julio de 1998 Spain Pharma S.A. formuló denuncia contra Glaxo y sus filiales por hechos similares a los ya denunciados por ASEPROFAR y ASECOFARMA, pero considerando la existencia de infracción del artículo 86 (actual art. 82) del TCE. En el mismo escrito se denunciaba, además, la existencia de contratos de licencia entre Glaxo y Alter que presumiblemente podían contener alguna cláusula que prohibiera suministrar a aquellos mayoristas que fundamentalmente se dedicasen a la exportación de productos farmacéuticos.
- 3.6. El 8 de Febrero de 1999 se archivó parcialmente la denuncia de Spain Pharma contra Glaxo y sus licenciatarios y en el mismo acto se admitió a trámite el resto de la denuncia de Spain Pharma y se acumuló al expediente 1789/98 iniciado por la denuncia presentada por ASEPROFAR y ASECOFARMA con fecha 6 de abril de 1998 contra Glaxo por establecer doble precio y por negativa de suministro a los mayoristas no firmantes de las condiciones generales de venta de Glaxo.

El archivo fue recurrido (expte. r 360/99) por Spain Pharma el 26 de Febrero de 1999 y el TDC resolvió el 14 de Junio de 1999 lo siguiente:

“1. Estimar el recurso interpuesto por Spain Pharma S.A. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 8 de febrero de 1999 por el que se archiva parcialmente su denuncia en lo que se refiere a la posible existencia de restricciones a la competencia en los contratos de licencia firmados por Glaxo y Áter, el cual se revoca en dicho extremo.

2. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente sancionador para investigar las siguientes conductas denunciadas por Spain Pharma: a) las negativas de suministro de Glaxo Wellcome S.A., sus filiales y Laboratorios Áter a Spain Pharma de determinados productos farmacéuticos ocurridas antes de abril de 1998, y b) presuntos acuerdos entre el grupo Glaxo Wellcome S.A. y sus licenciatarios españoles para evitar las exportaciones paralelas”.

- 3.7. A la vista de la Resolución del TDC, el 29 de Junio de 1999 se procedió a la incoación de expediente con el nº 2023/99 para investigar la negativa de suministro a Spain Pharma por parte de Glaxo, sus filiales y Alter con anterioridad al establecimiento de las nuevas condiciones generales de venta y los acuerdos entre Glaxo y sus licenciatarios.
- 3.8. En fecha 13 de Julio de 1999 la DGIV de la Comisión notificó un Pliego de Cargos a Glaxo en relación con los Asuntos: IV/39.957/F3 (notificación de Glaxo), IV/36.997/F3 (denuncias de ASEPROFAR y FEDIFAR), IV/37.121/F3 (denuncia de Spain Pharma), IV/3 7.138 (denuncia de BUNDESVERBAND DER ARZNEIMITTEL-IMPORTEURE) y IV/37.380/F3 (denuncia de EUROPEAN ASSOCIATION OF EUROPHARMACEUTICAL COMPANIES). En la carta de acompañamiento al Pliego de Cargos la Comisión comunica a GLAXO que se inicia procedimiento para la aplicación del artículo 81 CE, produciéndose los efectos legales establecidos en el artículo 9.3 del Reglamento 17.

En el citado Pliego se dice que la notificación de las condiciones generales de venta de Glaxo, en opinión de la Comisión, no cumple los requisitos para ser autorizable, puesto que:

- aunque es posible que Glaxo obtuviera con su aplicación unos mayores beneficios que dice invertiría en I+D, un aumento de los beneficios no supone, por sí mismo, la promoción de un progreso técnico, ya que la posibilidad de invertir los beneficios adicionales en I+D no constituye como tal una mejora económica de las contempladas en el art. 81.3. El principal efecto de las nuevas condiciones de venta sería obtener beneficios, y cualquier otro efecto sería indirecto y a discreción de la compañía y sus accionistas.
- no hay relación directa entre las nuevas condiciones de venta y la mejora de la distribución, ya que la limitación de las exportaciones paralelas no necesariamente conduciría a una más rápida introducción de los nuevos productos en el mercado español.
- los acuerdos dirigidos a la restricción de las exportaciones entre EM suprimen las ventajas del mercado único y priva a los consumidores de comprar productos a precio más bajo.

La Comisión concluye su Pliego manifestando que el acuerdo tiene por objeto y efecto restringir o prevenir las exportaciones paralelas a través

de la UE. Esta restricción de la competencia es apreciable y tiene un efecto apreciable en el comercio entre los EM, por tanto se cumplen todos los criterios del art.81.1. Asimismo, no se cumplen las condiciones establecidas por el art. 81.3, por lo que no es susceptible de autorización.

- 3.9. Con fecha 19 de octubre de 1999 el Servicio de Defensa de la Competencia propuso el sobreseimiento del expediente 1789/98.

Spain Pharma, S.A. presentó alegaciones el 5 de noviembre de 1999 oponiéndose a dicha propuesta por dos motivos: A) Que el conocimiento por la DG IV de la Comisión Europea del sistema de doble precio impuesto por Glaxo Wellcome no era causa de sobreseimiento a nivel nacional de tal conducta sino más bien de la suspensión que prevé el artículo 44.1 LDC, pues tal conducta no sólo infringía el Tratado de la Unión Europea sino también la propia normativa española en materia de competencia y B) el incumplimiento de las medidas cautelares por parte de Glaxo Wellcome y la deficiente vigilancia por parte del Servicio de Defensa de la Competencia.

- 3.10. Con fecha 4 de febrero de 2000 el Servicio de Defensa de la Competencia dictó su Acuerdo de sobreseimiento confirmando la propuesta anterior, por entender que procedía en todo caso el sobreseimiento.

- 3.11. Con fecha 18 de febrero de 2000 Spain Pharma volvió a interponer recurso (expediente R 416/00, Glaxo) ante el Tribunal de Defensa de la Competencia contra el acuerdo de sobreseimiento mencionado, solicitando la suspensión del expediente 1789/98 del Servicio.

- 3.12. Con fecha 3 de Noviembre de 2000 el TDC dictó la Resolución R 418/00 en la que establecía:

1. “Estimar parcialmente el recurso ... en lo referente a la imputación de conductas contrarias a los arts. 1 LDC y 85 TCE (actual 81 TCE), consistentes en los posibles acuerdos alcanzados entre GLAXO WELLCOME y sus distribuidores españoles para establecer unas nuevas condiciones generales de venta. El expediente 1789/98 del Servicio, en lo relativo a dichas imputaciones, debe considerarse suspendido a la espera de la resolución por parte de las oportunas instancias comunitarias.

2. Desestimar el recurso interpuesto ... en lo relativo a la imputación a GLAXO WELLCOME de una conducta contraria a los arts. 7 LDC y 16 LCD consistente en una negativa de venta a sus clientes.”

- 3.13. Con fecha 15 de diciembre de 2000, se dictó Resolución en el expediente R 416/00, Glaxo, en la que el Tribunal establecía:

1. “Estimar parcialmente el recurso interpuesto ... en lo relativo al sobreseimiento del expediente por lo que se refiere a la doble lista de precios. El expediente 1789/98 del Servicio, en lo relativo a dicha imputación en particular y, en general, a la conducta consistente en vender a precios diferentes para la exportación y el mercado interior, debe considerarse suspendido hasta que haya resolución firme de las autoridades comunitarias europeas.

2. 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.

3. Desestimar el recurso interpuesto ... en lo referente al supuesto incumplimiento por Glaxo Wellcome S.A. de las medidas cautelares acordadas en el expediente MC 29/98”.

Con fecha 18 de enero de 2001 se procedió a la suspensión de la tramitación del expediente lo que se comunicó a las partes interesadas en el mismo.

- 3.14. La resolución del Tribunal citada en el punto anterior fue recurrida por Glaxo ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Spain Pharma, S.A. también recurrió el 15 de febrero de 2001, ante la Audiencia Nacional la dicha resolución así como la Providencia del TDC de 21 de diciembre de 2000 (que cierra el expediente de vigilancia de las medidas cautelares solicitadas en un principio).

- 3.15. Con fecha 8 de mayo de 2001, se dictó por la Comisión Europea, la Decisión en el asunto del sistema de doble precio de Glaxo Wellcome. El tenor literal de los cuatro artículos de dicha Decisión era el siguiente:

“Artículo 1.

Glaxo 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 españoles aplicables a la

reventa nacional de medicamentos reembolsables a farmacias u hospitales y otros precios mayores aplicados 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 dos meses a partir de la notificación de la presente Decisión, de las medidas que haya tomado para poner fin a la infracción”.

- 3.16. El 17 de diciembre de 2001 el Servicio acuerda el levantamiento de la suspensión.
- 3.17. El 18 de diciembre de 2001 el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia dicta un acuerdo por el que se ratifica en el Acuerdo de Sobreseimiento de 4 de febrero de 2000 en lo relativo al artículo 1 de la LDC.
- 3.18. El SDC, el día 20 de diciembre de 2001 eleva directamente el mencionado acuerdo de 18 de diciembre de 2001, junto con el expediente, al Tribunal de Defensa de la Competencia donde se recibe el 28 siguiente.
- 3.19. El 11 de febrero de 2002 el Tribunal de Defensa de la Competencia remitió un escrito al Servicio en el que le comunica que procede a la devolución del expediente a fin de que el SDC integre en el mismo el Acuerdo de 18 de diciembre de 2001, de ratificación del sobreseimiento de 4 de febrero de 2000 y lo notifique a los interesados a fin de que éstos puedan, en su caso, recurrir dicho Acuerdo ante ese Tribunal.
- 3.20. Dicho Acuerdo, de 21 de febrero de 2002, es el que, por fin, ahora se recurre.

4. El 12 de marzo de 2002 el Tribunal pone en conocimiento del Servicio el contenido del recurso y, conforme con lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, recaba su Informe y las actuaciones seguidas.
5. En escrito recibido en el Tribunal el 18 de marzo de 2002, el Director del Servicio efectúa la preceptiva remisión y finalmente señala que "una vez analizadas las alegaciones presentadas por el recurrente, el Servicio se reitera en lo manifestado tanto en el Acuerdo de sobreseimiento de fecha 4 de Febrero de 2000, como en los informes a los recursos a ese Acuerdo de Sobreseimiento presentados por ASEPROFAR y SPAIN PHARMA y en el Acuerdo de sobreseimiento de 21 de Febrero de 2002, que ahora se recurre, en el sentido de que las conductas denunciadas no constituyen una infracción del artículo 1 de la LDC por no afectar a la competencia en el mercado nacional".
6. El 1 de abril de 2002 el Tribunal, mediante Providencia, designa Ponente y, conforme a lo dispuesto en el art. 48.3 LDC, acuerda poner de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que formulen las alegaciones y presenten la documentación que estimen pertinente. Las dos partes interesadas hacen uso de su derecho para alegar y presentan sendos escritos: Glaxo el 22 de abril de 2002 y Spain Pharma el 25 de abril de 2002.
7. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su reunión plenaria del día 4 de junio de 2003, deliberó y adoptó la presente Resolución, encargando su redacción al Vocal Ponente.
8. Son interesados:
 - Spain Pharma, S.A.
 - Glaxo Wellcome, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El presente es un expediente de recurso contra el Acuerdo del Servicio 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 las denuncias presentadas por ASEPROFAR y ASECOFARMA con fecha 6 de abril de 1998 y por Spain Pharma con fecha 9 de julio de 1998 contra Glaxo por establecer doble precio y por negativa de suministro a los mayoristas no firmantes de las condiciones generales de venta de Glaxo. El sobreseimiento señalado anteriormente, de fecha 4 de febrero de 2000, ya fue objeto de sendos recursos ante este

Tribunal interpuestos por ASEPROFAR (R 418/00, Glaxo 2) y Spain Pharma (R 416/00, Glaxo).

2. En dicho Acuerdo, ahora recurrido, el Servicio argumentaba en la parte final lo siguiente:

Con fecha 18 de Diciembre de 2001 el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia adoptó el Acuerdo que literalmente se transcribe:

“En relación con el expediente de la referencia, consecuencia de las denuncias presentadas por ASEPROFAR, ASECOFARMA y SPAIN PHARMA contra GLAXO WELLCOME por establecer en sus nuevas Condiciones Generales de Venta dos listas de precios divergentes dependiendo de que los productos fuesen destinados a la distribución en España o a la exportación y negar el suministro a los distribuidores que no suscribieran dichas Condiciones, procede manifestar lo siguiente:

El Acuerdo de Sobreseimiento de 4 de Febrero de 2000 concluía que:

- 1) *en relación con el establecimiento de la doble lista de precios por GLAXO:*

- no había infracción del artículo 1 de la LDC, de acuerdo con la doctrina del TDC por no existir afectación del mercado nacional, donde las condiciones de venta permanecían inalteradas,

- en cuanto a la infracción del artículo 81 del TUE, al haber sido objeto de un Pliego de Cargos por parte de la DG IV, la competencia de las autoridades nacionales decaía en favor de la Comisión.

- 2) *en cuanto a la **negativa de suministro** a los mayoristas que no aceptaron las condiciones de GLAXO,*

- al tratarse de un medio para conseguir el fin pretendido -aceptación de las nuevas condiciones de venta-, el Servicio estimó que dicha conducta simplemente constituía un reforzamiento de las condiciones de venta establecidas,

- por lo que se refería a una posible infracción del artículo 7 de la LDC en relación con el 16.2 de la LCD, se concluyó que la dependencia económica de los mayoristas en relación con GLAXO era relativa porque existían otras alternativas y, además, aún cuando se admitiese dicha dependencia, la conducta denunciada no afectaba al mercado nacional por lo que no cabía hablar de una infracción de la LDC.

La resolución del TDC relativa al recurso al Acuerdo de Sobreseimiento presentado por ASEPROFAR establecía:

- 1. “Estimar parcialmente el recurso ... en lo referente a la imputación de conductas contrarias a los arts. 1 LDC y 85 TCE (actual 81 TCE), consistentes en los posibles acuerdos alcanzados entre GLAXO WELL COME y sus distribuidores españoles para establecer unas nuevas condiciones generales de venta. El expediente 1789/98 del Servicio, en lo relativo a dichas imputaciones, debe considerarse suspendido a la espera de la resolución por parte de las oportunas instancias comunitarias.*
- 2. Desestimar el recurso interpuesto ... en lo relativo a la imputación a GLAXO WELLCOME de una conducta contraria a los arts. 7 LDC y 16 LCD consistente en una negativa de venta a sus clientes.”*

La Resolución del TDC relativa al recurso al Acuerdo de Sobreseimiento presentado por SPAIN PHARMA que establecía:

- 1. “Estimar parcialmente el recurso interpuesto ... en lo relativo al sobreseimiento del expediente por lo que se refiere a la doble lista de precios. El expediente 1789/98 del Servicio, en lo relativo a dicha imputación en particular y, en general, a la conducta consistente en vender a precios diferentes para la exportación y el mercado interior, debe considerarse suspendido hasta que haya resolución firme de las autoridades comunitarias europeas.*
- 2. 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.*
- 3. Desestimar el recurso interpuesto ... en lo referente al supuesto incumplimiento por Glaxo Wellcome S.A. de las medidas cautelares acordadas en el expediente MC 29/98.”*

Con fecha 18 de Enero de 2001 se procedió a la suspensión de la tramitación del expediente lo que se comunicó a las partes interesadas en el mismo.

Vista la Decisión de la Comisión de fecha 8 de mayo de 2001, con fecha 17 de Diciembre de 2001 se ha procedido al levantamiento de la suspensión comunicándoselo a todos los interesados.

Considerando que:

- el Servicio ya se pronunció sobre la supuesta infracción del artículo 1 de la LDC en su Acuerdo de Sobreseimiento, en el sentido de considerar que no podía estimarse que los hechos denunciados constituían una infracción del artículo 1 de la LDC por no existir afectación del mercado nacional, dado que las condiciones de venta, en dicho mercado, permanecían inalteradas,

- los hechos enjuiciados en el Acuerdo de sobreseimiento no han sufrido alteración alguna salvo que, con motivo de la Decisión de la Comisión, han dejado de producirse,

- en relación con la supuesta infracción del artículo 81 del Tratado ya ha habido pronunciamiento de la Comisión manifestando que la conducta examinada constituye una infracción de dicho artículo y conminando a GLAXO a poner fin inmediatamente a la conducta mencionada y a no adoptar cualquier otra medida de efecto equivalente y,

- de acuerdo con el principio de primacía del Derecho comunitario y conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en relación con el principio de “non bis in idem” en los casos en que se aprecie una identidad de sujeto, hecho y fundamento ... dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta A, por lo que, al existir dicha identidad, no procede pronunciamiento por parte del Servicio sobre la infracción del artículo 81 del TUE.

Este Servicio se ratifica en el Sobreseimiento de 4 de Febrero de 2000 en lo relativo al artículo 1 de la LDC, por no haber habido cambios en los hechos denunciados y enjuiciados en el mismo, así como por no existir afectación del mercado nacional y se remite el expediente al TDC afin de que tenga oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto.”

El 20 de Diciembre de 2001 se dio traslado al TDC de este Acuerdo junto con el expediente.

El 2 de Enero de 2002 se recibió en el Servicio un escrito del TDC solicitando aclaraciones sobre el Acuerdo al que se ha hecho referencia anteriormente (folios 4633 y 4634).

El 9 de Enero de 2002 el Servicio remitió un escrito al TDC en respuesta al anterior en los siguientes términos (folio 4640):

“En relación con su escrito de fecha 28 de Diciembre de 2001, que tuvo entrada en este Servicio el día 2 de Enero de 2002, cúmpleme manifestarle lo siguiente:

- 1. El escrito que se remitió con el expediente de referencia no es un Informe- Propuesta y, por este motivo, no forma parte del expediente ni se encuentra recogido en el índice cronológico.*
- 2. Tampoco se trata de un Acuerdo de Sobreseimiento, motivo por el cual no tiene destinatario ni pie de recurso.*
- 3. Se trata de un escrito de remisión del expediente a ese Tribunal al haberse producido pronunciamiento por parte de la DGIV y de acuerdo con lo establecido en las resoluciones R 416/00 y R 418/00 en las que se consideraba que el expediente debía permanecer suspendido hasta resolución por parte de las autoridades comunitarias.*
- 4. Teniendo en cuenta que no existen nuevos hechos ni se han realizado nuevas actuaciones por parte de este Servicio y que, por tanto, a los interesados no se les causa indefensión puesto que ya tuvieron oportunidad de pronunciarse y hacer sus alegaciones al Acuerdo de Sobreseimiento de 4 de Febrero de 2000, y, fundamentalmente, por las consideraciones expuestas en la parte final del escrito de 18 de Diciembre de 2001 remitido a ese Tribunal, procede, en aras de la eficacia administrativa, remitir de nuevo el citado escrito, que figura como Acuerdo del Secretario General por tratarse de un acto del Servicio, en el que se resumen las actuaciones tanto del Servicio como del Tribunal y la Comisión, con el fin de que ese Tribunal adopte los pronunciamientos que considere oportunos.*

El Servicio concluye, en dicho Acuerdo de 21 de febrero de 2002 ahora recurrido ante el TDC señalando lo siguiente:

A la vista de los anteriores escritos, con fecha 11 de Febrero de 2002 el TDC ha remitido un escrito al Servicio en el que concluye:

“En consecuencia, procede la devolución del expediente a fin de que el Servicio de Defensa de la Competencia integre en el mismo, como su terminación, el Acuerdo, de 18-12-01, de ratificación del de sobreseimiento, de 4-2-00, y lo notifique a los interesados a fin de que éstos puedan, en su caso, recurrir dicho Acuerdo ante este Tribunal”.

En su virtud, siguiendo las directrices marcadas por el TDC,

ACUERDO el Sobreseimiento del expediente nº 1789/98, que tuvo su origen en la denuncia formulada por ASEPROFAR, ASECOFARMA y SPAIN PHARMA.

3. La recurrente alega en primer lugar infracción de las normas de procedimiento e indefensión causada a Spain Pharma:

A pesar del carácter claramente imperativo del apartado 4 del artículo 37 de la LDC, que obliga al Servicio de Defensa de la Competencia a redactar la propuesta de sobreseimiento del expediente cuando considera que no ha acreditado la existencia de prácticas prohibidas, el Servicio de Defensa de la Competencia ha obviado este importante trámite, pasando a redactar directamente y sin audiencia de las partes, el acuerdo de sobreseimiento objeto del presente recurso, lo que supone un vicio de anulabilidad del acto que ahora se recurre pues, contrariamente a lo afirmado por el Servicio de Defensa de la Competencia, la falta de propuesta de sobreseimiento y la consiguiente imposibilidad de los denunciados de presentar alegaciones a la misma crea en ellos una evidente situación de indefensión.

También alega que desde el Acuerdo de Sobreseimiento del SDC de 4 de febrero de 2000, hasta el acuerdo que ahora se recurre (dictado más de dos años después) sí ha tenido lugar un importantísimo hecho como es que la Comisión Europea haya declarado ilegal el doble precio Glaxo Wellcome.

En este momento las circunstancias son ya distintas puesto que la Comisión ha declarado ya ilegal el sistema de doble precio de Glaxo Wellcome y lo que procede ahora es que los órganos nacionales de la competencia, además de declarar la ilegalidad del sistema de doble precio de Glaxo Wellcome corroborando así la Decisión de la Comisión, entren a valorar aquellas conductas que en íntima conexión con dicha conducta (negativa de suministro a los mayoristas no firmantes de las nuevas condiciones generales de venta), fueron objeto de denuncia y no han sido valorados por los Órganos Comunitarios.

La recurrente reitera también que se ha producido un sobreseimiento tácito: el Servicio de Defensa de la Competencia no se ha pronunciado sobre la negativa de suministro impuesta por Glaxo Wellcome a los mayoristas no firmantes de las nuevas condiciones generales de venta. Tras la decisión de la Comisión Europea de 8 de mayo de 2001, y teniendo en cuenta que tanto el SDC como el TDC consideran que doble precio y negativa de suministro son conductas conexas, resta por tanto analizar la legalidad de esa negativa de suministro a la luz de la referida decisión comunitaria, de lo contrario carecería de sentido la suspensión (en lugar de sobreseimiento) decretada por el TDC en sus Resoluciones 416/00 y 418/00.

Por último, alegan una incorrecta aplicación del principio “non bis in idem” y el principio de primacía del derecho comunitario:

Si bien es cierto que según jurisprudencia reiterada el principio “non bis in idem” impide “imponer una pluralidad de sanciones ante una identidad de sujetos, hechos, objeto, causa y acción punible”. (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1996), la imposibilidad de imponer sanciones no supone la imposibilidad de declarar la ilegalidad de la conducta denunciada, sobre la que ya ha recaído una decisión comunitaria. Y es que, con independencia de la Decisión de la Comisión, el SDC tendrá que poner fin al expediente, en lo que a la conducta del doble precio se refiere, declarando la infracción del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea pues una cosa es sancionar, y otra cosa bien distinta es declarar la existencia de una infracción”.

4. Por su parte, Glaxo, resumidamente, indica:

(...)

La denuncia de Spain Pharma se limitaba a la presunta infracción de los artículos 81 y 82 CE. El sobreseimiento de la imputación relativa al artículo 82 CE por una pretendida negativa de suministro fue confirmado por este Tribunal en la resolución R 416/00, y ha devenido firme. (...) En lo que se refiere al artículo 81 CE, el sobreseimiento del SDC ha venido motivo por la adopción de un Pliego de cargos por la Comisión Europea (y no la Decisión posterior), a raíz de los cual Spain Pharma ha tenido ocasión de formular alegaciones en el trámite de audiencia previo al Acuerdo de sobreseimiento de 4 de febrero de 2000 y en el seno del recurso R 416/00.

(...)

La aplicabilidad del artículo 1 LDC a las condiciones generales de venta de Glaxo Wellcome puede descartarse definitivamente por los siguientes tres motivos:

- *el SDC en ningún momento ha incoado expediente por infracción al artículo 1 LDC respecto de las condiciones generales de venta notificadas a la Comisión Europea, ni las denunciadas ha denunciado una violación de esta disposición;*
- *no existe infracción al artículo 1 LDC, dado que las condiciones generales de venta de Glaxo Wellcome no afectan la competencia en el mercado nacional.*

- *conforme al principio de primacía del Derecho comunitario, la aplicación del Derecho nacional de la competencia no debe perjudicar la aplicación uniforme de las normas comunitarias de la competencia, por lo que la LDC debe quedar inaplicada cuando la Comisión Europea adopta una decisión en aplicación del artículo 81 CE.*

La alegación de Spain Pharma en el sentido de que el SDC ha sobreseído tácitamente la imputación relativa a una supuesta negativa de suministro a los mayoristas no firmantes de las condiciones generales de venta, que Spain Pharma había denunciado como presunta infracción del artículo 82 CE, es de todo punto infundada. Dicha imputación fue sobreseída por el SDC en su Acuerdo de 4 de febrero de 2000; sobreseimiento confirmado expresamente por este Tribunal en su resolución R 416/00, y no recurrido por Spain Pharma ante la Audiencia Nacional, por lo que ha devenido firme.

5. 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 informa, 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 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. Spain Pharma 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, Spain Pharma ha podido de nuevo ejercitar.

En estas circunstancias, no puede aceptarse la pretensión de indefensión de las recurrentes. 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 Secretario General de Política Económica y 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.

6. 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 (Y). en lo referente a que la negativa de suministro a quienes no suscribieron las condiciones generales de venta sea enjuiciada como una conducta independiente.*

Por lo tanto, dados los antecedentes descritos, no puede hablarse en ningún caso de un sobreseimiento tácito sino expreso y resuelto por el Tribunal.

Además, Spain Pharma, si bien recurrió ante la Audiencia Nacional la Resolución R 416/00 de este Tribunal, sólo lo hizo en lo relativo al supuesto incumplimiento por Glaxo de las medidas cautelares impuestas en el expediente MC 29/98 que también había sido desestimado por el Tribunal en la resolución R 416/00. En consecuencia, el sobreseimiento de la imputación relativa a una supuesta negativa de suministro a los mayoristas no firmantes de las condiciones generales de venta, que Spain Pharma había denunciado como presunta infracción del artículo 82 CE, ha devenido firme.

7. Por último, respecto a que si el Servicio hubiera continuado con la investigación hubiera podido constatar que Glaxo Smithkline ha instaurado, al menos en España y en Francia, un sistema europeo de asignación de cantidades máximas de suministro, se debe señalar que esa conducta constituye un hecho nuevo no aceptable en el trámite de recurso pues, como tiene establecido este Tribunal, no se pueden plantear en los recursos de alzada hechos nuevos que no han sido puestos en conocimiento del órgano cuyo Acuerdo se impugna. Ello impide al Tribunal que conoce sobre dicho recurso pronunciarse sobre tales hechos.

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

RESUELVE

- Único:** Único. Desestimar el recurso interpuesto por Spain Pharma, S.A. 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 las denuncias presentadas 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.