

Id. Cendoj: 28079230062006100099
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 16/02/2006
Nº de Recurso: 594/2003
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a dieciseis de Febrero 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 594/2003, se tramita, a

instancia de Spain Pharma, S.A., representada por la Procuradora Dña. Belén Lombardía del Pozo,

contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 30 de junio de 2003

(expediente R 515/02), sobre Acuerdo de sobreseimiento, en el que la Administración demandada

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

codemandada Glaxo Welcome, 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 7 de octubre de 2003, y la Sala, por providencia de fecha 21 de octubre de 2003, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

El 14 de noviembre de 2003 la representación procesal de Glaxo Wellcome, S.A. presentó escrito en el que solicitaba ser tenida por parte, y la Sala, en providencia de 21 de noviembre de 2003, le 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.

Dentro del 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.- No se recibió el recurso 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 14 de febrero 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 Tribuna de Defensa de la Competencia, de 30 de junio de 2003, que desestimó el recurso interpuesto por la sociedad hoy demandante contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, de fecha 21 de febrero de 2002, de sobreseimiento del expediente 1789/98.

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) 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, parte actora en este recurso, interpuso 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 . Entre los mayoristas individuales denunciados se encuentra Spain Pharma (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 recurrido por Spain Pharma y el TDC dictó Resolución de 15 de diciembre de 2000 (R 416/2000), que: a) estimó parcialmente el sobreseimiento del expediente en cuanto a la doble lista de precios, 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 negativa de suministro a quienes no suscribieron las condiciones generales de venta sea enjuiciada como una conducta independiente, y c) desestimó el recurso en lo referente a un supuesto incumplimiento por Glaxo Wellcome de las medidas cautelares acordadas en el expediente MC 29/98.

La Resolución del TDC que se acaba de citar fue recurrida ante esta Sala de lo contencioso administrativo por Glaxo Wellcome (recurso 38/2001) y por Spain Pharma (recurso 76/2001). Ambos recursos fueron desestimados, por sentencias de 12/03/2004 y 07/09/2004 , respectivamente

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 Spain Pharma contra el anterior Acuerdo del SDC es desestimado por el TDC, en su Resolución anteriormente citada, de 30 de junio de 2003, que constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) en cuanto a la forma, que se ha omitido por el SDC la propuesta de sobreseimiento y el trámite de audiencia a los interesados, y b) en cuanto al fondo, que el sobreseimiento del expediente 1789/98 es improcedente y es incorrecta la interpretación de los principios non bis in idem y primacía del derecho comunitario que efectúa el TDC, por lo que solicita la anulación de la Resolución del TDC de 30/06/2003 y Acuerdo del SDC de 21/02/2002, y que se declare en el expediente 1789/98 la ilegalidad de las condiciones generales de venta de Glaxo Wellcome.

El Abogado del Estado y la parte codemandada contestan que la parte actora ha dispuesto de reiteradas ocasiones para efectuar alegaciones en relación con el sobreseimiento, por lo que no existe indefensión, y en cuanto al fondo, procede la confirmación del sobreseimiento porque el principio de primacía comunitaria y non bis in idem impiden que tras la tramitación del procedimiento ante las autoridades comunitarias, pueda seguirse otro procedimiento en relación con los mismos hechos ante las autoridades españolas.

TERCERO.- La primera cuestión a decidir en el presente recurso es la relativa a la omisión del trámite de audiencia por el SDC.

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 3916 a 3920 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 TDC, tuvo nuevamente la oportunidad de efectuar alegaciones sobre los puntos que interesaran a su derecho en el trámite de recurso ante el TDC, como efectivamente hizo en escritos de 11 de marzo de 2002 (folios 1 a 13 del expediente del TDC) y 25 de abril de 2002 (folios 57 a 68 del expediente del TDC).

CUARTO.- En cuanto al fondo, la parte actora pretende que se declare ilegalidad de la conducta de las condiciones generales de venta establecidas por Glaxo Wellcome.

Y como primer argumento para lograr el éxito de su pretensión, sostiene que el artículo 37.4 LDC exige que únicamente el SDC acuerde el sobreseimiento cuando no se haya acreditado la existencia de prácticas prohibidas, lo que es una interpretación restringida e inexacta del precepto, pues obviamente también cabe, en

el terreno de las hipótesis, un sobreseimiento por circunstancias distintas, así cuando se acredite la existencia de una infracción pero no la identidad de las empresas autoras de la misma, o cuando concurren circunstancias como prescripción y otras, que han de examinarse como cuestiones previas y que, caso de concurrir, impiden un pronunciamiento sobre el fondo. Este es el caso, como veremos, del presente expediente en el que la existencia de un procedimiento y de una Decisión de la Comisión Europea, sobre los mismos hechos impide, un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del SDC.

Lo primero que debe decirse es que la sociedad recurrente, que interesa una declaración de ilegalidad de las condiciones generales establecidas por Glaxo Wellcome, no concreta ni detalla en ningún momento en su demanda cual es la norma que considera infringida, y ello a pesar de que ya el TDC puso de manifiesto tal falta de concreción.

Entendemos que el recurrente considera que la declaración de ilegalidad que pretende resulta de un incumplimiento del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y no del artículo 1 LDC, porque así resulta de su propio escrito presentado ante el SDC el 8 de julio de 1998 (folios 2669 a 2756 del expediente), que formula denuncia frente a Glaxo Wellcome y sus filiales por conductas prohibidas por los artículos 85 y 86 (hoy 81 y 82) del Tratado CEE. A lo anterior se suman los razonamientos del TDC sobre la inexistencia de infracción del artículo 1 LDC, dado que las condiciones generales de venta de Wellcome no afectan a la competencia en el mercado nacional, lo que no es discutido por el demandante.

QUINTO.- Por lo que se refiere a la declaración de ilegalidad de las condiciones generales establecidas por Glaxo Wellcome, por incumplimiento del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea, existe un procedimiento precisamente sobre tal cuestión, instruido por la Comisión de las Comunidades Europeas, que culminó con la Decisión de la Comisión de 8 de mayo de 2001 antes citada (documento nº 3 de los acompañados con la demanda), en cuya parte dispositiva se contiene una declaración expresa de la infracción del artículo 81.1 del Tratado CEE, cometida por Glaxo Wellcome al firmar un acuerdo con los mayoristas españoles que establece una distinción entre los precios facturados a los mayoristas aplicables a la reventa nacional y otros precios mayores aplicados a las exportaciones a cualquier otro Estado miembro.

La existencia del procedimiento y de la Decisión de 8 de mayo de 2001 de la Comisión, sobre los mismos hechos por los que se seguía el expediente 1789/98 del SDC, impone la adopción del Acuerdo de sobreseimiento de este último, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.3 del Reglamento (CEE) 17/62. Dictada la Decisión de la Comisión que declara la existencia de la infracción, desaparecen las razones de pendencia que llevaron a esta Sala a confirmar la suspensión del procedimiento ante el SDC, en las sentencias de 26/01/2004 (recurso 9/2001) y 12/3/2004 (recurso 38/2001), que confirmaron la primera decisión de suspensión del procedimiento sancionador del SDC, en tanto no resolvieran las instancias administrativas europeas las cuestiones relativas a la doble lista de precios.

Finalmente, la Sala no comparte el argumento del recurrente de que la declaración de ilegalidad que pretende le sirve de fundamento para solicitar ante la jurisdicción civil una indemnización de daños y perjuicios, porque el artículo 81 del Tratado de la Unión Europea tiene efecto directo ante la jurisdicción nacional, todo ellos

sin perjuicio de que la Decisión de la Comisión no sea firme y esté pendiente de los recursos interpuestos ante el TJCE.

SEXTO.- 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 Spain Pharma, S.A., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 30 de junio de 2003, 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.