

## **RESOLUCIÓN (Expte. R 488/01, Laboratorios Farmacéuticos)**

### **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

En Madrid, a 5 de diciembre de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 488/01 (1873/98 del Servicio de Defensa de la Competencia; el Servicio, SDC) de Recurso interpuesto por DIFAR Distribuciones Farmacéuticas S.L., contra el Acuerdo del Secretario General de General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 27 de abril de 2001, por el que se sobresee totalmente el expediente que se inició por denuncia presentada por dicha entidad contra MERCK, SHARP & DOHME DE ESPAÑA S.A., GRUPO MSD, PFIZER S.A., GLAXO WELLCOME S.A., LABORATORIOS ALTER, S.A., ORGANON ESPAÑOLA S.A., ALMIRALL-PRODESFARMA S.A., LILLY S.A., LABORATORIOS DR. ESTEVE S.A. y FAES FÁBRICA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS S.A., en lo que se refiere a la imputación a los denunciados de la realización de actos que pudieran suponer abuso de posición de dominio por negativa de suministro de determinadas especialidades farmacéuticas, contemplado en el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y en el artículo 81.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El día 2 de septiembre de 1998 DIFAR denunció, por presunta infracción de la LDC y del TUE, a las empresas MERCK, SHARP & DOHME DE ESPAÑA S.A., GRUPO MSD, PFIZER S.A., GLAXO WELLCOME S.A.,

LABORATORIOS ALTER, S.A., ORGANON ESPAÑOLA S.A., ALMIRALL-PRODESFARMA S.A., LILLY S.A., LABORATORIOS DR. ESTEVE S.A. y FAES FÁBRICA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS S.A. (esta última por denuncia de 28 de abril de 1999). Según la denunciante, las infracciones consistían en la negativa injustificada de suministro de determinadas especialidades farmacéuticas comercializadas por las empresas denunciadas, impidiéndola ejercer su labor de distribución en España, así como la exportación de productos farmacéuticos a países de la Comunidad Europea, respondiendo dicha conducta a una misma estrategia conjunta de actuación en el mercado, actuación que califica como □práctica conscientemente paralela□ y □abuso de posición de dominio□, incursas en los artículos 1 y 6 de la LDC y 82 del TUE. Los fundadores y administradores solidarios de DIFAR son los mismos de SPAIN PHARMA S.A., es decir, D. Íñigo Ortúzar y D<sup>ña</sup> María del Valle Gutiérrez.

2. El Servicio, tras acordar, por Providencia de 15 de marzo de 1999, la incoación del oportuno expediente, ordenó la práctica de diversas diligencias y pruebas, dictando el 5 de mayo de 2000 Acuerdo por el que dispuso el sobreseimiento parcial del expediente en lo que se refiere a la presunta existencia de cláusulas restrictivas en los contratos de licencia y presunta conducta conscientemente paralela entre los laboratorios denunciados. Recurrido dicho Acuerdo por la denunciante, fue confirmado por Resolución del Tribunal de 12 de febrero de 2001.
3. Finalmente, con fecha 27 de abril de 2001, el Servicio acordó sobreseer en su totalidad la mencionada denuncia por considerar que no se daban los requisitos de infracción del artículo 6 LDC a la vista de las conclusiones que, resumidamente, se exponen a continuación.

En la gran mayoría de los mercados de referencia definidos -según el Cuadro-resumen que figura en los folios 6914 a 6916 del expediente del Servicio- no puede hablarse de posición de dominio, tomando como base las respectivas cuotas con las que participan los laboratorios denunciados y en aquellos mercados en los que -a la vista de éstas- pudiera presumirse tal posición, ello no sería suficiente para declarar su existencia, según queda establecido en la consolidada doctrina comunitaria y española.

En efecto, el poder de mercado de cada empresa denunciada es relativo por la potencia económica de otros competidores instalados con productos bien posicionados, por lo que no cabe ignorar sus reacciones ni las de los consumidores, en donde es preciso destacar el gran poder de compra y de regulación del Sistema Nacional de Salud y, especialmente, la fijación administrativa de los precios, que viene a anular una característica tan

esencial del dominio del mercado como es la posibilidad de determinación del precio. Y no cabe olvidar que el intervencionismo administrativo llega también a la obligación de abastecer el mercado, determinar los canales de venta, limitar la publicidad y, en definitiva, la posibilidad de desarrollar una política comercial independiente. Así pues, no habiendo una posición dominante, no cabe apreciar ningún abuso.

Además, el Servicio concluye su análisis descartando la posible infracción del art. 6 LDC y acordando el consiguiente sobreseimiento total del expediente al entender que, incluso en el hipotético caso de que hubiera posición de dominio, no habría abuso puesto que la negativa de suministro se produce ante una relación comercial nueva, que tiene alternativas de suministro, y donde debe presidir el principio de libertad de contratación. Literalmente afirma:

*"Pero, aunque hipotéticamente se pudiera considerar la existencia de dicha posición dominante, el hecho de haber denegado el suministro al denunciante tampoco constituiría un abuso desde el momento en que, aparte de los propios laboratorios, existe una alternativa como son los otros distribuidores. Tal posibilidad ha sido reconocida por el mismo denunciante, si bien ha rechazado su utilización por no considerarla rentable (v. Apdo. II.5, fol. 2604). Sin embargo, como establece el TJCE en su Sentencia de 26-11-98, para desestimar dicha alternativa como una realidad potencial no basta con alegar que no es rentable, sino que es preciso acreditar esa falta de rentabilidad, lo que no se ha hecho.*

*Finalmente, aunque se admitiera la existencia de una posición dominante basada en una cuota de mercado grande o muy grande, caso de algunos productos de GLAXO (Zovirax, Imigran, Zyloric), la negativa de suministro tampoco podría considerarse abuso, puesto que la situación en la que se enmarca es la del establecimiento de una relación comercial nueva, lo que puede extenderse al resto de los denunciados. La libertad de contratación, como manifestación de la libertad de empresa, "debe seguir siendo la norma", según ha declarado el TJCE, doctrina seguida por el Auto del Presidente del TJCE de 3 de Junio de 1996 dictado en el caso Adalat, y confirmada en este mismo caso por el propio TJCE en su Sentencia de 26 de Octubre de 2000, párrafo 180: "...en el marco del artículo 86, la negativa de suministro, aun cuando sea total, sólo está prohibida si es abusiva. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconoce indirectamente la importancia de la protección de la libertad de empresa en la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado cuando admite expresamente que incluso una empresa que ocupa una posición dominante puede, en determinados casos, negarse a vender o cambiar su política de suministros o de abastecimiento sin incurrir en la prohibición del*

*artículo 86 (veáse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión, 27/76, Rec. p. I-207, apartados 182 a 191)". En la misma línea, el TDC ha establecido que "no existe obligación de contratar a la fuerza un determinado servicio con una empresa determinada por el hecho de tener posición de dominio", lo que confirma en una Resolución posterior en la que cita jurisprudencia comunitaria: "la simple existencia de una posición de dominio en el mercado que puede ostentar una empresa, no la obliga sin más a contratar con cualquier oferente en condiciones no discriminatorias, como ha destacado el Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas en sentencia, por ejemplo, de 3 de julio de 1991, Akzo contra Comisión, CEE III, as. C-62/86, dictada en interpretación del art. 86 del Tratado CEE, ..." (Resol. TDC 15-04-93, Expte. A 43/92 (Izbi, S.L.), FIDi 2. Ver también Resol. 24-01-95, Expte. R 97/94).*

*En el caso que nos ocupa, el denunciante se presenta a los laboratorios farmacéuticos como un nuevo distribuidor que pretende entablar relaciones comerciales. No ha existido, por tanto, un período anterior en el que haya venido recibiendo un determinado suministro que ahora se ha cortado. En esta última situación, como dice la Sentencia United Brands antes citada, la empresa en posición dominante no podría dejar de suministrar a ese antiguo cliente, salvo en casos concretos. Pero aquí se trata de alguien que aun no es cliente, no se ha instaurado relación comercial alguna, por lo que en nuestro caso, a la vista de lo establecido por el TJCE para el supuesto contrario, la empresa en posición dominante no estaría obligada a iniciar relaciones comerciales con todo aquel que se lo solicitara. En este sentido se ha manifestado la Comisión en el caso Lederle-Praxis Biologicals, en el que estima que "ni siquiera una simple negativa de suministro podría considerarse abusiva, ya que Lederle no era un antiguo cliente que se hubiera encontrado en una situación de dependencia de hecho respecto al suministro de Hep. B. Las empresas no rompían una relación anterior con Lederle". En consecuencia, la negativa por parte de los denunciados a iniciar relaciones comerciales con un nuevo distribuidor no podría considerarse abuso de posición dominante."*

4. Con fecha 18 de mayo de 2001 DIFAR recurrió el Acuerdo de sobreseimiento ante el Tribunal, fundamentando el Recurso, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

- La negativa de venta sin justificación objetiva vulnera los arts. 6.2.c) LDC y 82 TUE y no puede limitarse a la existencia de una previa relación de suministro. Se trata de un tipo de abuso de explotación de la dependencia económica que penaliza a un cliente al empezar su actividad, llegando a obligarle a cambiarla, argumentando con las

condiciones del Prof. Waelbroeck, la Resolución del TDC de 4 de febrero de 1998 (Expte. MC 21/97, Tabacalera) y la conocida doctrina de la "instalación básica".

- No cabe la opción de abastecerse a través de otros mayoristas porque éstos son competidores de la denunciante que no permitirán que se posicione en plano de igualdad.
  - No ha investigado el Servicio que la mayoría de los laboratorios impiden el comercio paralelo.
  - El Servicio define incorrectamente el mercado relevante en algunos casos, como en el de los broncodilatadores, al incluir en el mismo a los antiinflamatorios bronquiales.
  - Por último, el Servicio elude el análisis de la diferencia porcentual entre cada laboratorio y sus inmediatos competidores y de la posición de dominio colectiva y valora erróneamente: la independencia de comportamiento de las denunciadas en un aspecto tan trascendente como es el precio, la importancia del comercio paralelo para la Comisión, al citar de forma sesgada la Comunicación de 25 de noviembre de 1998, así como las condiciones impuestas por ALTER a DIFAR.
5. Con fecha 22 de mayo de 2001 el Tribunal requirió del Servicio la remisión del correspondiente informe, así como que expresara la fecha de notificación del Acuerdo de sobreseimiento y remitiera el expediente seguido por el mismo.
  6. Mediante escrito, que tuvo entrada en este Tribunal el 28 de mayo de 2001, el Servicio comunica que el Recurso ha sido interpuesto dentro de plazo y que las alegaciones expuestas por la recurrente en su escrito no desvirtúan las razones que fundamentaron la decisión recurrida. En concreto, señala que el recurrente reitera argumentos ya expuestos en su escrito de oposición a la Propuesta de sobreseimiento -que fueron analizados en el Acuerdo recurrido-, destaca la forma que tuvo DIFAR de iniciar su actividad, cómo se presentó a los laboratorios para establecer relaciones comerciales y que, pese a lo que afirma, desde el principio proyectó dedicarse a la exportación.
  7. Con fecha 29 de mayo de 2001, se dicta Providencia por la que se concede plazo a los interesados para formular alegaciones, presentándose por éstos sus respectivos escritos que obran en las actuaciones.

8. El Tribunal deliberó y falló sobre el presente expediente en el Pleno celebrado el día 20 de noviembre de 2001.
9. Son interesados:
  - DIFAR DISTRIBUCIONES FARMACÉUTICAS S.L.
  - MERCK, SHARP & DOHME DE ESPAÑA S.A. GRUPO MSD
  - PFIZER S.A.
  - GLAXO WELLCOME S.A.
  - LABORATORIOS ALTER S.A.
  - ORGANON ESPAÑOLA S.A.
  - ALMIRALL-PRODESFARMA S.A.
  - LILLY S.A.
  - LABORATORIOS DR. ESTEVE S.A.
  - FAES-FÁBRICA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS S.A.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

1. La cuestión a resolver en el presente Recurso es determinar si el Servicio analizó de forma suficiente y acertada en Derecho la posible existencia de prácticas consistentes en un abuso de posición de dominio por la negativa de suministro por parte de los laboratorios denunciados a la denunciante y ahora recurrente, DIFAR, antes de decidir el sobreseimiento del expediente, sin haber formulado acusación, mediante Acuerdo de 27 de abril de 2001.

Dado que el art. 37.4 LDC dispone que "el Servicio podrá sobreseer el expediente, previa audiencia de los interesados", resulta evidente la capacidad de su Director de supeditar la continuación del procedimiento a la existencia en las conductas denunciadas de indicios de antijuridicidad.

Por ello, es preciso hacer constar, ante todo, las alegaciones en las que se fundamenta el Recurso que, en síntesis, son las siguientes:

- La negativa de venta sin justificación objetiva vulnera los arts. 6.2.c) LDC y 82 TUE y no puede limitarse a la existencia de una previa relación de suministro. Se trata de un tipo de abuso de explotación de la dependencia económica que penaliza a un cliente al empezar su actividad, llegando a obligarle a cambiarla, argumentando con las condiciones del Prof. Waelbroeck, la Resolución del TDC de 4 de febrero de 1998 (Expte. MC 21/97, Tabacalera) y la conocida doctrina de la "instalación básica".

- No cabe la opción de abastecerse a través de otros mayoristas porque éstos son competidores de la denunciante que no permitirán que se posicione en plano de igualdad.
- No ha investigado el Servicio que la mayoría de los laboratorios impiden el comercio paralelo.
- El Servicio define incorrectamente el mercado relevante en algunos casos, como en el de los broncodilatadores, al incluir en el mismo a los antiinflamatorios bronquiales.
- Por último, el Servicio elude el análisis tanto de la diferencia porcentual entre cada laboratorio y sus inmediatos competidores, como el de la posición de dominio colectiva y valora erróneamente: la independencia de comportamiento de las denunciadas en un aspecto tan trascendente como es el precio, la importancia del comercio paralelo para la Comisión, al citar de forma sesgada la Comunicación de 25 de noviembre de 1998, así como las condiciones impuestas por ALTER a DIFAR.

En virtud de lo expuesto, entiende la recurrente que debe estimarse el Recurso, dejando sin efecto el Acuerdo impugnado y ordenando la prosecución de la tramitación del expediente, concluyendo que DIFAR asume el compromiso de distribuir a las farmacias cuando obtenga una resolución satisfactoria, al entender que desmiente de esta forma la afirmación del Servicio de que cabe dudar de su objeto social.

2. El Servicio, que, en primer lugar, había acordado el sobreseimiento parcial del expediente en lo que se refiere a la existencia de conductas colusorias, terminó decidiendo el sobreseimiento total por considerar que no se daban los requisitos del artículo 6 LDC, al concluir su análisis del caso -según se recoge en el AH 3- afirmando que en la gran mayoría de los mercados de referencia definidos no existe posición de dominio, que, donde la cuota podría hacer presumir tal posición, no cabe actuar con independencia de las reacciones de los competidores y consumidores y que, incluso en la hipótesis de que hubiera posición de dominio, no habría abuso, puesto que la negativa de suministro se produce ante una relación comercial nueva, que tiene alternativas de suministro y donde, dadas las circunstancias que concurren en la forma que tuvo DIFAR de iniciar su actividad, debe presidir el principio de libertad de contratación.

En efecto, es doctrina consolidada del Tribunal que para determinar si ha existido una infracción del art. 6 LDC es preciso, con carácter previo,

delimitar el mercado relevante, a continuación determinar si en dicho mercado existe una posición de dominio y, finalmente, analizar si las conductas del encausado merecen ser calificadas como abusivas.

En cuanto al mercado de producto, el Servicio señala que las partes, denunciante y denunciados, concuerdan en que, en materia de medicamentos, el mercado relevante de los mismos se determina por el campo terapéutico al que se aplican (folios 332, 877, 1255 y 1367), siguiendo así el criterio reiteradamente establecido por la Comisión, entre otros, en el caso Adalat cuando dice que “*a efectos de la presente Decisión el mercado de productos se define aplicando el criterio del uso terapéutico idéntico a los diversos productos competidores*” (Decisión de la Comisión 10-01-96, As. IV/34.279/F3, Adalat). A este respecto, la Comisión viene empleando como referencia la denominada “Clasificación Anatómica Terapéutica” (CAT, o ATC en sus siglas inglesas), reconocida y utilizada por la Organización Mundial de la Salud y por la empresa Intercontinental Medical Statistic (IMS) como punto de partida en la definición de los mercados relevantes. Ver como ejemplo de los más recientes la Decisión de la Comisión 30-03-00, As. IV/M.1835, Monsanto/Pharmacia & Upjohn, párrafo 12.

Y respecto del mercado geográfico, el Servicio, siguiendo también el criterio expuesto por la Comisión en todas sus Decisiones sobre este sector, considera que los mercados farmacéuticos son, esencialmente, los mercados nacionales, puesto que la industria actúa en un marco legal muy restringido y los precios de las especialidades éticas están directa o indirectamente regulados por las normas nacionales.

Por lo tanto, el Tribunal entiende, tras el examen de las actuaciones, en particular, del análisis de la información técnica, económica y de las fuentes de conocimiento señaladas por el Servicio, que no cabe hacer objeción alguna en cuanto a las muy acertadas consideraciones que realiza respecto de ambas definiciones.

3. De hecho, el recurrente únicamente plantea que es incorrecta la definición del mercado relevante de producto realizada por el Servicio en cuanto al de los broncodilatadores, considerando que se hace un enfoque equivocado al incluir a los productos *Serevent* y *Ventolin* en el mismo mercado que *Becotide*, *Becloforte* y *Flixotide*, apoyando su argumentación en una cita relativa al principio activo salmeterol que figura en el Catálogo de Especialidades Farmacéuticas y que invalidaría la consideración de sustituibilidad entre esos productos.



Sin embargo, considera el Tribunal que es contundente la argumentación que ofrece el Servicio en su Informe al recurso (folios 48 y 49 del expediente del Tribunal), que literalmente se transcribe:

*"El razonamiento del denunciante podría admitirse si no fuera porque la cita que transcribe, incluida en el apartado de advertencias especiales del artículo correspondiente al mencionado principio activo, no figura en la edición del año 2000 del ya citado Catálogo (Catálogo de Especialidades Farmacéuticas, Ed. 2000, págs. 1.851 a 1.852), que fue aportado por el mismo denunciante como anexo a uno de sus escritos (Doc. 1 adjunto al escrito de 26-06-00; ver nota 36 del Acuerdo) y que ha servido para elaborar los mercados relevantes. El recurrente no indica la edición del Catálogo a la que pertenece la fotocopia que aporta y en la que figura la cita en la que basa su impugnación. Por ello, teniendo en cuenta lo indicado en la Introducción del Catálogo ed. 2000, en el apartado Lo nuevo en el catálogo (Catálogo de Especialidades Farmacéuticas, Ed. 2000, pág. III) donde dice: Se ha continuado con la revisión sistemática y completa de las monografías correspondientes a terapia respiratoria (grupo R), se ha de concluir que la revisión sistemática y completa de la monografía del salmeterol ha conducido a la eliminación de dicha cita y, por tanto, la impugnación del recurrente carece de base".*

Por consiguiente, esta alegación no está bien fundada.

4. En cuanto a la existencia de posiciones de dominio, el TDC coincide también con el análisis y las conclusiones que contiene el Acuerdo recurrido.

En efecto, por lo que se refiere a la definición de posición dominante, el Servicio sigue correctamente la doctrina del TJCE para el que es aquella que permite *"comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores"*.

Lo mismo sucede respecto de la consecuente doctrina del TDC, al citar sus Resoluciones de 30 de noviembre y de 27 de diciembre de 1999 (Exptes. R 362/99, Bacardí y R 423/00, Vía Digital) en las que declara que *"una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto"*.

Pues bien, alega la denunciante que, en virtud de la Decisión de la Comisión Europea de 8 de mayo de 2001, en el asunto de las condiciones generales de venta de GLAXO WELLCOME, ha *"quedado desmentida la ausencia de poder de comportamiento independiente en un aspecto tan trascendente como es el precio"* (folio 18 del expediente del TDC), al argumentarse en la decisión citada que GLAXO WELLCOME entabla negociaciones con las autoridades españolas en orden a la fijación del precio de sus especialidades farmacéuticas, lo que ha realizado para cuatro productos particularmente propicios al comercio paralelo.

Sin embargo, para el Tribunal este hecho no significa en modo alguno que los laboratorios gocen de independencia en la fijación libre de los precios, puesto que en la legislación española rige el sistema de intervención de precios de los medicamentos que han de ser, así, autorizados por la Administración en todas las fases de su comercialización.

En cuanto a la alegación de DIFAR en el Recurso de que el Servicio ha obviado realizar el análisis de la diferencia porcentual entre cada laboratorio y sus inmediatos competidores, considera el Tribunal que es suficiente señalar que el Acuerdo de sobreseimiento se refiere expresamente -dentro de los factores que demuestran que los laboratorios no ocupan una posición de dominio en los mercados relevantes- a la fragmentación existente en el mercado farmacéutico en España, según se detalla en el cuadro elaborado por el Servicio, que figura en el folio 6.901, y que recoge el puesto de cada laboratorio y su importancia relativa respecto de la totalidad del mercado de productos farmacéuticos.

Precisamente, como señala el Servicio en el Acuerdo de sobreseimiento, dada la regulación del mercado y el gran poder de compra del Sistema Nacional de Salud, existiendo otras empresas fuertemente instaladas y con productos sustitutivos, unos bien posicionados y otros todavía en fase de investigación, no pudiendo comportarse con independencia respecto de sus competidores y de dicho Sistema Nacional, como cliente, no cabe concluir la existencia de la mencionada posición en los mercados en que operan las empresas denunciadas. Además, habría que contar con la aparición de los productos genéricos que, realmente, por su menor precio, deben tenerse en cuenta, por ejemplo, en el caso del principio activo alopurinol que compite con la especialidad "Zyloric", señalada en su alegación por DIFAR, y de la que, por su alta cuota, cabría, en principio, presumir una posición dominante.

En consecuencia, el Tribunal coincide con el análisis del Servicio de que, no habiendo posibilidad de desarrollar una política comercial que no tenga

en cuenta a competidores y consumidores, no cabe apreciar la existencia de posiciones dominantes ni, por tanto, de abuso de estas posiciones.

5. Por otra parte, como literalmente se recoge en el AH 3, el Servicio concluye su análisis descartando la posible infracción del art. 6 LDC y acordando el consiguiente sobreseimiento total del expediente al entender que, incluso en el hipotético caso de que hubiera posición de dominio, como en el de la mencionada especialidad "Zyloric", no habría abuso puesto que la negativa de suministro se produce ante una relación comercial nueva, que tiene alternativas de suministro y donde debe presidir el principio de libertad de contratación, siguiendo con esta consideración al TJCE en su Sentencia de 26 de octubre de 2000, en el caso Adalat, y en la línea de las Resoluciones del TDC que se citan y cuya aplicación resulta pertinente en este procedimiento.

Por lo tanto, el Tribunal ha de destacar, en definitiva, que el examen de si ha habido abuso de un hipotético caso de posición dominante ha sido realizado por el Servicio de forma tan exhaustiva y detallada que, por resultar plenamente acertado en Derecho, es totalmente compartido por el Tribunal, tanto en su forma como en todas sus conclusiones.

No resultaba, por ello, necesario que las denunciadas tuvieran que defenderse y el Servicio examinar una serie de nuevas imputaciones que la denunciante realiza con varias de sus alegaciones en el Recurso y que corresponden a cuestiones planteadas en el marco de otros expedientes que no pueden trasladarse, sin más, a este procedimiento, pero, una vez hechas estas alegaciones, el Tribunal ha de realizar las consideraciones que siguen.

En efecto, DIFAR alega en el Recurso la supuesta existencia de *"cierta coordinación o entendimiento entre los laboratorios denunciados"* y *"que la negativa de venta colectiva o individualmente determinada pero curiosamente coincidente, tiene su causa en la política comercial de la mayoría de los laboratorios"* (folio 12 del expediente del Tribunal), poniendo de nuevo en entredicho lo decidido por el Servicio mediante Acuerdo de 5 de mayo de 2000 y por este Tribunal en la Resolución de 12 de febrero de 2001, en el sentido de declarar la inexistencia de práctica conscientemente paralela entre los laboratorios denunciados, como acertadamente afirma PFIZER en sus alegaciones al Recurso (folio 114 del expediente del Tribunal).

En este mismo sentido, hay que señalar que el presente caso no trata del comercio paralelo de medicamentos, que es objeto de otros expedientes -como bien conoce DIFAR- cuya tramitación fue suspendida

mientras se sustanciaba en la Comisión Europea el asunto del doble precio de GLAXO WELLCOME, lo que sucedió mediante la publicación de la Decisión de la citada Comisión de fecha 8 de mayo de 2001.

Asimismo, también es objeto de otro expediente la acusación de la supuesta existencia de una posición de dominio colectiva por parte de determinados laboratorios denunciados con sus licenciarios, por lo que resultaría inadmisibles tratar aquí esta cuestión por la posibilidad que conllevaría de incurrir en una violación de sus derechos de defensa (Expte. 2022/99).

Pero, volviendo al objeto de este procedimiento, que es la cuestión de la supuesta negativa abusiva de suministro para la distribución a las farmacias, hay que señalar que en el hipotético caso de existencia de una posición de dominio, el Servicio coincide, no sin razón, con las alegaciones de las empresas denunciadas cuando, en su Informe al Tribunal del Recurso, concluye manifestando respecto de DIFAR que cabe dudar incluso de su afirmación de ser un distribuidor a Oficinas de farmacia pues con varios de los laboratorios denunciados no se ve que exista ninguna relación comercial estable, regular y continuada en el tiempo, como ya expuso el Servicio en el Acuerdo de sobreseimiento parcial de 5 de mayo de 2000 (folio 5.703), sin que fuera rebatida por la denunciante. En el mencionado Informe el Servicio afirma literalmente:

*"Aunque DIFAR haga ahora en sus alegaciones a la Propuesta un relato incompleto de sus contactos con los laboratorios, la realidad es que los pedidos que efectúa no dejan traslucir esas notas características de la relación comercial. El tiempo que tarda en cumplimentar los datos bancarios en uno de los casos no parece apoyar su pretendido interés por iniciar la relación comercial; el que media entre dos pedidos por un solo producto (distinto cada vez), o el que transcurre (un año) hasta que efectúa el primer pedido en otro de los casos, parecen traslucir un comportamiento más bien errático; signos ambos que pueden predisponer desfavorablemente a los laboratorios para considerarle un distribuidor aceptable. No puede hablarse de ruptura de relaciones cuando éstas no habían llegado a establecerse".*

Y a la misma conclusión puede llegarse respecto de considerar DIFAR gravosa y no hacer ningún pedido por la condición de ALTER de distribuir todo su vademécum, lo que parece natural para la distribución a las farmacias, o con la contestación que da PFIZER en sus alegaciones al presente Recurso (folio 113 del expediente del Tribunal) al señalar literalmente:

*"Ahora bien, es evidente que PFIZER no puede trabajar con la totalidad de los mayoristas que pretendan distribuir sus especialidades. Basta apuntes que DIFAR (folios 5.435 y 5.468) pretende decidir la política de inversiones futuras de nuestra Compañía, cuando dice que PFIZER lo que debería hacer es realizar una inversión en maquinaria (de presumiblemente varios millones de pesetas) para poder atender los pedidos de DIFAR".*

Por último, tampoco puede aceptarse la alegación de DIFAR del asunto Tabacalera, según la Resolución de este Tribunal de 26 de mayo de 1997 y la doctrina de las instalaciones básicas, en el sentido de que los laboratorios denunciados, con la supuesta negativa de suministro, pudieran pretender proteger su posición en un mercado relacionado, porque no operan en el de la distribución mayorista ejerciendo esta función con una instalación básica que resulta necesaria para acceder al mercado, según la doctrina del TJCE en el asunto C-7/97, Oscar Bronner, y en la sentencia Tiercé Ladbroke del TPI de la CE.

6. Por todo ello, coincidiendo con el análisis y las conclusiones del Servicio, en ausencia de posición dominante alguna y, consiguientemente, no pudiéndose apreciar ningún abuso de dicha posición, el Tribunal considera que procede desestimar el Recurso y confirmar el Acuerdo de sobreseimiento total, de 27 de abril de 2001, porque, dada la forma en que DIFAR inició su actividad, debe presidir el principio de libertad de contratación.

En consecuencia, exactamente por la misma razón entiende el Tribunal que no debe obligar a DIFAR a ejercer la actividad para la que fue constituida, pese al compromiso que ofrece ésta en el Recurso.

**VISTOS** los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

### **RESUELVE**

**Único.** Desestimar el Recurso interpuesto por DIFAR Distribuciones Farmacéuticas S.L. contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 27 de abril de 2001, Acuerdo que se confirma.

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