

Id. Cendoj: 28079230062005100565
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 14/02/2005
Nº de Recurso: 79/2002
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a catorce de febrero de dos mil cinco.

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

Audiencia Nacional ha promovido DIFAR Distribuciones Farmacéuticas S.L., y en sus nombres y

representaciones la Procuradora Sra. D^a Belén Lombardía del Pozo, frente a la Administración del

Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 5 de diciembre de 2001, relativa a archivo de expediente sobre

libre competencia, siendo Codemandadas Almirall Prodesfarma S.A. y Laboratorios Esteve S.A.,

Pfizer S.A., Merck Sharp and Dohme de España S.A., FAES Fabrica Española de Productos

Químicos y Farmacéuticos S.A., Lilly S.A., Glaxo Wellcome S.A., Organon Española S.A.,

Laboratorios Alter S.A. la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por DIFAR Distribuciones Farmacéuticas S.L., y en sus nombres y representaciones la Procuradora Sra. D^a Belén Lombardía del Pozo, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 5 de diciembre de 2001, solicitando a la Sala,

declare la nulidad de la Resolución y la continuación del expediente sancionador.

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 dos de febrero de dos mil cinco.

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 5 de diciembre de 2001, por la que se acuerda confirmar la Resolución del Servicio de Defensa de la Competencia en orden a sobreseer y archivar el expediente en lo que se refiere a las cláusulas restrictivas en los contratos de licencia y presunta conducta concientemente paralela. Finalmente el 27 de abril de 2001 se sobreseyó totalmente el expediente pues entendió el Servicio que no se daban los requisitos de la infracción del artículo 6 de la LDC.

SEGUNDO: Antes de entrar en el análisis del caso concreto que nos ocupa, hemos de recordar la doctrina declarada en nuestra sentencia de 26 de enero de 2005 dictada en el recurso 364/2001:

"... Debemos tener en cuenta, por su relación con el presente recurso, que la Decisión de la Comisión de 10 de enero de 1996 ((96/478/CE) ha sido anulada por la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2000 (asunto T-41/96), y que el recurso de casación interpuesto contra esta última sentencia ha sido desestimado por el TJCE, en su sentencia de 6 de enero de 2004 (asuntos acumulados C-2/01 y C-3/01).

Dichas sentencias contienen una referencia a la situación actual de la industria farmacéutica europea, caracterizada por el hecho de que en la mayoría de los Estados miembros las autoridades sanitarias nacionales fijan, directa o indirectamente, el precio de determinados medicamentos, lo que explica que existan importantes diferencias en sus precios entre unos y otros Estados, así como las exportaciones paralelas que realizan algunos mayoristas a consecuencia de dicha diferencia de precios.

Es más, siguiendo con las resoluciones de los órganos jurisdiccionales europeos en relación con la Decisión de la Comisión de 3 de junio de 1996 antes citada, el Auto del TPI de 3 de junio de 1996, suspendió la ejecución de la Decisión de la Comisión de 10/1/96, y razonó que no existe ningún interés comunitario predominante en la

ejecución inmediata de la Decisión, pues las exportaciones paralelas benefician principalmente a los mayoristas, que obtienen ganancias desproporcionadas, inesperadas y excepcionalmente elevadas ("wind-fall profits"). Es decir, las exportaciones paralelas no representan ningún beneficio directo para los consumidores que pagan el mismo precio por el producto farmacéutico, proceda o no de una importación paralela.

SEXTO.- Mantiene el demandante como primera cuestión de fondo, que las empresas codemandadas que se negaron a suministrarle productos farmacéuticos, incurrieron en una conducta conscientemente paralela prohibida por el artículo 1 LDC.

Para analizar tal cuestión debemos empezar por señalar que un laboratorio farmacéutico puede adoptar la política de suministros que estime adecuada a sus intereses, según indica el TPI en la sentencia citada de 26/10/2000 (apartado 176), con dos limitaciones: 1) que no se encuentre en posición de dominio, lo que no es el caso del presente expediente, pues ya se ha dicho que ahora enjuiciamos un sobreseimiento parcial de las infracciones del artículo 1 LDC (debe añadirse que aún en el caso de una empresa en posición de dominio, la negativa puede no ser abusiva, STJCE de 26/10/2000, apartado 180), y 2) que no exista ninguna concordancia de voluntades con sus mayoristas...."

TERCERO: En esencia la recurrente viene a sostener que la posición de dominio no se ha establecido correctamente pues no se ha considerado la cuota de mercado del 50% en determinados productos. Afirma que la negativa de venta de los codemandados no está justificada y no se requiere para infracción la existencia de una relación comercial previa. Tampoco se ha considerado la posición conjunta de laboratorios y licenciatarios, así como las diferencias porcentuales entre consumidores.

Como correctamente señala el TDC, el mercado relevante viene determinado por el mercado de productos y el mercado geográfico. El primero lo define el Servicio al que sigue el Tribunal, aplicando el criterio de uso terapéutico, en base a la Clasificación Anatómica Terapéutica reconocida y utilizada por la OMS. Respecto al mercado geográfico se ha definido como el mercado nacional.

En cuanto a la posición de dominio viene determinada por el poder económico e independencia de un operador económico en el mercado de suerte que pueda tomar decisiones sin considerar las posibles reacciones de otros competidores y los consumidores.

Pues bien, el Tribunal de Defensa de la Competencia, determinado el mercado relevante, considera en la determinación de la concurrencia de posición de dominio, dos circunstancias, la una la existencia del Sistema Nacional de Salud, con un gran poder de compra, e intervención de precios por la Administración, y la otra, existencia de competidores bien posicionados. Por ello el Tribunal llega a la conclusión de que al ser imposible, por las características del mercado, la toma de decisiones sin considerar la reacción de consumidores y competidores, no existe posición de dominio. Tales apreciaciones son correctas.

En cuanto a las diferencias porcentuales entre los competidores inmediatos, ya se recogía en la Resolución impugnada que el Servicio había analizado tal extremo llegando a la conclusión de que el mercado de laboratorios se encontraba muy fraccionado en España.

CUARTO: En cuanto a los aspectos a la negativa de venta, lo cierto es que si no existe posición de dominio no puede, tal comportamiento, ser constitutivo de la infracción del artículo 6 de la LDC, pues se incluiría en el ámbito de las estrategias comerciales de las empresas. Y así, el TDC insiste, y no ha sido desvirtuado por la actora, que en los distintos productos - incluso en aquellos en los que pudiera admitirse la posición de dominio de un laboratorio -, existen alternativas de suministro.

No olvidemos, que aún cuando la negativa al suministro pueda ser contraria a Derecho por injustificada y causar perjuicios, tales extremos en cuanto sean cuestiones entre particulares han de ser ventiladas ante los Tribunales civiles, pues en el ámbito en el que ahora nos movemos, las cuestiones han de ser las relativas a la afectación del interés público. Así, con independencia de la legalidad o ilegalidad de la negativa, no puede ser constitutiva de abuso de posición de dominio en cuanto tal posición de dominio es inexistente dado la estructura del mercado que antes hemos analizado.

Por último hemos de señalar que las cuestiones relativas a la posición de dominio colectiva de laboratorios y licenciatarios y al comercio paralelo de medicamentos, son asuntos objeto de otros expedientes seguidos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y por ello no pueden ser tratados aquí.

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 DIFAR Distribuciones Farmacéuticas S.L., y en sus nombres y representaciones la Procuradora Sra. D^a Belén Lombardía del Pozo, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 5 de diciembre de 2001, debemos declarar y declaramos 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.