

RESOLUCIÓN Expt. R 611/2004 Spain Pharma/Glaxo (2023/99 del Servicio)

Pleno

EXCMOS. SEÑORES

VICEPRESIDENTE

Don Francisco Javier Huerta Trolèz

VOCALES

Don Antonio Castañeda Boniche

Don Julio Pascual y Vicente

Don Miguel Comenge Puig

Don Antonio del Cacho Frago

Don Fernando Torremocha y García-Sáenz

Don Emilio Conde Fernández-Oliva

Don Miguel Cuerdo Mir

En Madrid, a 13 de octubre de 2004

EL PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia ha dictado **RESOLUCION** en el Expediente R 611/2004 poniendo fin al Recurso interpuesto por SPAIN PHARMA S.A., contra el Acuerdo de Sobreseimiento adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 16 de Marzo del 2004, que le fuera notificado el siguiente día 23 de Marzo.

Ha sido Ponente el **EXCMO. SEÑOR DON FERNANDO TORREMOCHA Y GARCIA-SAENZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS O REMOTOS.-

I.- En el remoto año 1999, el Servicio de Defensa de la Competencia incoa expediente sancionador por mor de la denuncia presentada por la Entidad Mercantil SPAIN PHARMA S.A., en escrito fechado el día 9 de Julio de 1999 contra GLAXO WELLCOME S.A., y sus filiales y contra LABORATORIOS ALTER S.A., por los siguientes HECHOS: 1º establecer dos listas de precios enormemente divergentes dependiendo que los productos fueran finalmente destinados al mercado interior u objeto de exportación paralela, siendo los precios establecidos para el segundo caso superiores a los que se practicaban habitualmente en los países comunitarios y negando el suministro a los distribuidores tradicionales que no suscribieran sus condiciones de venta; y 2º por la existencia de contratos de licencia entre GLAXO y ALTER

que, presumiblemente, podían contener alguna cláusula que prohibiera suministrar a mayoristas que fundamentalmente se dedicasen a la exportación de productos farmacéuticos a otros países comunitarios.

La parte relativa al establecimiento de doble lista de precios y negativa de suministro a aquellos distribuidores que no aceptaran las nuevas condiciones de venta se acumuló al Expediente 1789/1998 que se estaba tramitando en ese momento por los mismos hechos y el resto se ARCHIVO el día 8 de Febrero de 1999.

El Archivo fue recurrido por SPAIN PHARMA SA., ante este TRIBUNAL que en **Resolución 14 de Junio de 1999 dictada en el Expediente r 360/1999** ACORDO: 1º 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 Alter, el cual se revoca en dicho extremo; y 2º INTERESAR al 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., y sus filiales y Laboratorios Alter a Spain Pharma de determinados productos farmacéuticos ocurridas antes de Abril de 1998 ; y b) los presuntos acuerdos entre el grupo Glaxo Wellcome S.A., y sus licenciatarios españoles para evitar las exportaciones paralelas.

II.- A la vista de esta nuestra Resolución, el día 29 de Junio de 1999 el Servicio de Defensa de la Competencia incoa expediente contra GLAXO WELLCOME S.A., sus empresas filiales y los siguientes laboratorios: ALTER, SYNTHELABO ALONGA, FARMACUSI, NOVAG, PENSA, MENARINI, ALMIRALL-PRODEFARMA y NOVARTIS CONSUMER HEALTH que, en opinión del denunciante, eran licenciatarios de GLAXO.

El día 29 de Julio de 1999, partiendo de la nueva información facilitada por SPAIN PHARMA se procedió por el Servicio de Defensa de la Competencia a la ampliación de la incoación de expediente contra FAES por negativa de suministro y supuestos acuerdos entre GLAXO y FAES para limitar la exportación de los productos que FAES fabricaba bajo licencia GLAXO.

Tras la correspondiente investigación se concluyó por el Servicio de Defensa de la Competencia que los laboratorios SYNTHELABO ALONGA (hoy SANOFI SYNTHELABO), FARMACUSI, NOVAG, PENSA, MENARINI y NOVARTIS CONSUMER HEALTH no eran licenciatarios de GLAXO de los productos citados por Spain Pharma en su denuncia, por lo que, con fecha 24

de Febrero del 2000 se acordó el SOBRESEIMIENTO PARCIAL del expediente en relación con los presuntos acuerdos existentes entre GLAXO y los laboratorios citados.

El acuerdo de Sobreseimiento Parcial fue recurrido por SPAIN PHARMA ante este TRIBUNAL que en **Resolución de 8 de Noviembre del 2000 dictada en el Expediente R 420/2000** RESOLVIO “Desestimar el recurso interpuesto por Spain Pharma S.A., contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de fecha 24 de Febrero del año 2000 por el que se sobreseía parcialmente, en lo que se refiere a las acusaciones contra Synthelabo Alonga, Farmacusi, Novag, Pensa, Menarini y Novartis Consumer Health el expediente incoado en virtud de la denuncia presentada también por Spain Pharma con fecha 9 de Julio de 1998”.

Desestimación que tiene su fundamentación en los siguientes argumentos:

“3. El Servicio señala, a la vista de las informaciones requeridas, que los seis laboratorios -imputados en un principio y sobreseido parcialmente el expediente después respecto a ellos- no son licenciarios de Glaxo de los productos a que se refiere el expediente pero que, pese a ello, ha investigado también los hechos colaterales denunciados referidos a la compra del principio activo al que se hacía referencia anteriormente por si pudiera obtenerse algún dato que indicara la posible existencia de un acuerdo entre Glaxo y esos laboratorios que prohibiese las exportaciones paralelas, sin que se haya obtenido ningún resultado al respecto. También señala en el Acuerdo que, a pesar de que las últimas alegaciones a la Propuesta de Sobreseimiento tuvieron entrada fuera del plazo concedido para ello, fueron convenientemente analizadas.

No se puede sostener con fundamento que el Servicio no haya realizado una investigación apropiada. En este sentido debe declararse como también se hace en la reciente Resolución de 30 de octubre de 2000 (Expte. R 403/99, Autocares Calviá 3) que *“tratándose de la instrucción de los procedimientos sancionadores por el Servicio de Defensa de la Competencia, la actividad probatoria que se practique ha de tener como único fin el señalado por el artículo 37 de la Ley 16/1989, es decir, el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, pero no el de satisfacer las peticiones del denunciante, por lo que la finalidad de la instrucción se cumple cuando el material probatorio reunido, ya sea aportado por las partes o incorporado por el propio Servicio, permite afirmar motivadamente que los hechos investigados no son subsumibles en alguna de las conductas tipificadas como prohibidas en los artículos 1, 6 y 7 de la Ley citada. No existe en el ámbito de la actuación de los Organos de Defensa de la Competencia un derecho*

subjetivo del denunciante a la instrucción del procedimiento, como pretende el recurrente, sino únicamente el derecho a obtener una resolución motivada de la Administración, que puede ser de sobreseimiento cuando, como aquí sucede, el Servicio estime que los hechos denunciados no son constitutivos de infracción".

De acuerdo con estos postulados, debe estimarse cumplida la instrucción en el supuesto examinado, ya que existen los datos necesarios para fundar el Acuerdo del Servicio de sobreseimiento parcial.

4. Teniendo en cuenta todos los datos en que se fundó el Acuerdo del Servicio así como lo aportado por las partes en sus alegaciones ante el Tribunal, se debe dar por acertada y equitativa la decisión acordada de sobreseimiento parcial del citado expediente continuándose su tramitación en lo que se refiere al análisis de los presuntos acuerdos entre el grupo Glaxo Wellcome, S.A. y sus licenciatarios españoles Alter, Faes y Almirall Prodesfarma; las negativas de suministro de Glaxo Wellcome, S.A., sus filiales y Laboratorios Alter a Spain Pharma de determinados productos farmacéuticos ocurridas antes de abril de 1998, así como la negativa de suministro de Faes para limitar la exportación de los productos que Faes fabrica bajo licencia Glaxo.

En efecto, se ha acreditado a lo largo de la instrucción que los seis laboratorios no tienen establecido contrato de licencia alguno con Glaxo respecto de ninguno de los productos a que se refiere el expediente y la denuncia (Zovirax, Inmigran, Ventolín, Serevent, Becotide, Becloforte, Beconase y Lamictal) en la que no se hacía referencia alguna ni a productos que contenían Valaciclovir y Ranitidina como principio activo ni a las supuestas relaciones entre Impex Química y el Grupo Glaxo. Dado que lo que el Tribunal ordenó fue que se investigaran los presuntos acuerdos entre el Grupo Glaxo y sus licenciatarios españoles para evitar las exportaciones paralelas es lógico que se acordara el sobreseimiento parcial antes y la desestimación del recurso ahora. Más lógico aún si se considera que la propia recurrente encontró razonable no oponerse al sobreseimiento respecto a tres de los laboratorios, cuando es lo cierto y constatado que tanto éstos como los otros tres se encuentran en idénticas posiciones y todos ellos adquieren el principio activo Aciclovir a Impex Química y a los mismos precios.

Por otra parte, Impex Química es uno de los más importantes fabricantes suministradores españoles de materias primas para la industria farmacéutica (entre ellas la más importante es el Aciclovir que, por otro lado, es el principio activo de uno solo de los ocho productos a que se refiere el expediente y su relevancia es por ello mínima) y según consta en el folio 1.500 es una

empresa económicamente independiente del Grupo Glaxo. Siendo catalogada Impex Química como de reconocida solvencia técnica y capacidad de suministro, es lógico, en un sector donde la garantía de calidad de las materias primas a emplear en la fabricación de medicamentos resulta vital, que sea a ella a quien se adquiera dicho principio activo por la mayoría de los laboratorios. Si, además, el grado de concentración, densidad, granulometría y otras características de un principio activo pueden variar de un suministrador a otro, pudiendo tener una considerable repercusión en el precio, ello incide de forma notable en el procedimiento de fabricación y en definitiva en los costes. Las diferencias de precios existentes entre unos y otros fabricantes de Aciclovir pueden ser debidas, entre otras, a que mientras unos deben repercutir en sus costes los costes de Investigación y Desarrollo, otros no tienen esos gastos. No se puede concluir que el hecho de adquirir el principio activo a un precio más elevado suponga que existe un contrato de licencia oculto entre Glaxo y esos laboratorios máxime cuando el producto no se adquiere a Glaxo sino a Impex Química.

Por todo ello, el Tribunal considera correcto el Acuerdo del Servicio de sobreseimiento parcial respecto a los presuntos acuerdos entre el grupo Glaxo y los laboratoriso citados para evitar las exportaciones paralelas.”

III.- Con fecha 2 de Marzo del 2001 el Servicio de Defensa de la Competencia acordó el SOBRESEIMIENTO PARCIAL del expediente (inicial) en la parte referente a la supuesta existencia de restricciones a las exportaciones paralelas en los acuerdos suscritos entre GLAXO y ALTER, GLAXO y ALMIRALL, GLAXO y FAES y THE WELLCOME FOUNDATIO y FAES por no contener los contratos analizados ninguna cláusula o estipulación que impidiera o limitara la exportación de los productos objeto de la denuncia a los Estados miembros de la Unión.

Este último Acuerdo de Sobreseimiento, también, fue recurrido por la denunciante y el día 28 de Octubre del 2003 este TRIBUNAL en **Resolución Expediente R 480/2001** en que se ACUERDA: 1º desestimar el Recurso interpuesto por Spain Pharma contra el Acuerdo de Sobreseimiento de 6 de Marzo del 2001, dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia en el Expediente nº 2023/1999, que confirmamos en todas sus partes; y 2º acceder a la confidencialidad solicitada por la recurrente respecto de los documentos aportados junto con el escrito de alegaciones presentado ante este Tribunal el 14 de mayo del 2001.

Desestimación que tiene su argumentación en los siguientes fundamentos jurídicos:

“1.-... En este sentido, como se señala en las resoluciones r 205/97 y r 476/01 v, “hay que ser muy precavido frente a la posibilidad de que se planteen por los competidores denuncias instrumentales que sólo persiguen conocer los secretos comerciales de un competidor” y esta precaución parece que debe extremarse en aquellos casos en los que, como sucede en el que ahora examinamos, la decisión derivada del examen de esos documentos es exculpatoria, por no haberse observado en ellos por la Administración competente que contengan las cláusulas o expresiones denunciadas. No hay que olvidar que, sin perjuicio de la posibilidad de admisión de empresas y particulares como interesados en sus procedimientos, la defensa de la competencia tiene como fundamento principal la defensa del interés público, cuya salvaguarda corresponde a los órganos correspondientes de la Administración y no a esos particulares. La propia recurrente, en todos sus escritos anteriores, reconoce que los pactos anticompetitivos raramente se plasman contractualmente.

2.- En cuanto a la insuficiencia de la instrucción, no se desprende la misma del examen de las actuaciones, en las que aparece que el Servicio ha admitido todas las pruebas presentadas por la denunciante, ha oído y recabado información a las empresas denunciadas y a otras señaladas por la misma denunciante y ha reclamado y examinado los contratos de licencia, todo lo cual le ha permitido obtener elementos bastantes para fundar su Acuerdo, sin que sea posible ni pueda exigirse la práctica de una investigación ilimitada. En todo caso, la recurrente mezcla alegaciones de insuficiencia de la instrucción con otras en las que afirma que en el expediente aparecen pruebas indiciarias bastantes para poder declarar la existencia de los acuerdos anticompetitivos denunciados, lo que pone de manifiesto que lo que en realidad discute no es tanto la suficiencia de la instrucción practicada, sino la valoración realizada por el Servicio del material probatorio recabado.

3.- Finalmente, en cuanto a la compartimentación del expediente, que la recurrente trae a colación también en su último escrito de alegaciones, se trata de una alegación que debe ser igualmente desestimada ya que, si bien es cierto que nada impide que el Servicio estudiara conjuntamente el resultado total de la investigación y adoptara una sola decisión final sobre las conductas imputables y su calificación, no es menos cierto que la solución adoptada de eliminar del expediente aquellas conductas que fueron inicialmente objeto de imputación pero que actualmente han quedado desvirtuadas como consecuencia del resultado de la instrucción es más respetuosa con los derechos de la imputada, evitando acumular sobre ella acusaciones injustificadas, es más conveniente desde el punto de vista de la economía procedimental y, finalmente, contribuye a clarificar el procedimiento

al centrar su objeto únicamente sobre aquellas materias que se considere que puedan ser sancionadas.

4.- Finalmente, en cuanto a la confidencialidad solicitada por la recurrente, Spain Pharma, de unos documentos que acompaña a su último escrito de alegaciones, consistente en unas facturas de laboratorios Alter por suministros de medicamentos a una tercera empresa, el Tribunal considera que procede acceder a lo solicitado, en vista de que los datos contenidos en las mismas pueden afectar a derechos ajenos al procedimiento y su conocimiento no se considera necesario para la Resolución que se dicta.”

SEGUNDO.- EXPEDIENTE nº 2023/1999 INCOADO POR EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Partiendo de lo previamente establecido en el apartado anterior (Antecedentes de Hecho históricos o remotos) al Servicio de Defensa de la Competencia, **únicamente**, le quedaba por analizar: las negativas de suministro de GLAXO WELLCOME SA., sus filiales y LABORATORIOS ALTER a Spain Pharma S.A., de determinados productos farmacéuticos ocurridos antes de Abril de 1998; y la negativa de suministro de FAES de los productos que FAES fabrica bajo licencia GLAXO.

El día 21 de Enero del 2004, el Instructor dicta Providencia (Folios 4374 y siguientes) en la que PROPONE el **sobreseimiento del presente expediente** “al no darse los requisitos necesarios para considerar una posible infracción del Artículo 6 de la LDC, ni del Artículo 82 del Tratado” (Folio 4395). Y ello tras un minucioso y detallado examen del mercado de las especialidades farmacéuticas en España (mercado de producto, geográfico y barreras de entrada) así como la posición de los laboratorios denunciados en dicho mercado español, con especial concreción de los productos: BECOTINE INHALADOR, BECOSANE SPRAY NASAL, SEREVENT INHALADOR, VENTOLIN INHALADOR, ZOVIRAX CREMA, LAMICTAL, IMIGRAN todos ellos de GLAXO; y LABILENO de Faes y BETAMICAN de Alter, con amparo en doctrina jurisprudencial.

2º El día 5 de Febrero del 2004, la Entidad Mercantil GLAXO WELLCOME S.A., en escrito presentado ante el Servicio de Defensa de la Competencia, que fue registrado con el número 239 “expresaba su conformidad con la propuesta de sobreseimiento” en mérito a una serie de alegaciones (Folios 4421 y siguientes).

El día 6 de Febrero del 2004, la Entidad Mercantil denunciante SPAIN PHARMA S.A., en escrito presentado ante el Servicio de Defensa de la Competencia, que tuvo su entrada el siguiente día 10 de Febrero y registrado

con el número 264, tras una serie de alegaciones, finalizaba SOLICITANDO “se eleve al Tribunal de Defensa de la Competencia Acuerdo con proposición de cargos para las empresas denunciadas” (Folios 4430 y siguientes).

3º El día 16 de Marzo del 2004, el Director General de Defensa de la Competencia, vista la Providencia del Instructor de fecha 21 de Enero, ACUERDA “el sobreseimiento del Expediente nº 2023/1999 que tuvo su origen en la denuncia formulada por SPAIN PHARMA” (Folios 4438 al 4466 ambos incluidos).

Acuerdo que fue notificado a los interesados, con expresión del recurso a que tienen derecho y dese cuenta al Tribunal de Defensa de la Competencia.

TERCERO.- RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR SPAIN PHARMA S.A.

La Entidad Mercantil denunciante, SPAIN PHARMA S.A., en escrito fechado el día 2 de Abril del 2004, que tuvo su entrada en la Secretaría de este TRIBUNAL el mismo día y fue registrado con el número 667, interpone Recurso Administrativo contra el Acuerdo en el que se sobresee el expediente, que lo fundamenta en seis apartados y concluye SOLICITANDO que “teniendo por presentado este escrito con los documentos que al mismo se acompañan, se sirva admitirlo, tener por interpuesto en tiempo y forma el Recurso que prevé la Ley de Defensa de la Competencia, frente al Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de fecha 16 de Marzo del 2004 por el que se sobresee el expediente 2023/99 y de conformidad con el Artículo 48 de la Norma Reguladora y siguiendo los demás trámites de Ley, dictar en su día resolución que revoque dicho Acuerdo en cuanto al sobreseimiento de referencia y declare expresamente la ilegalidad de las conductas denunciadas”.

Por consecuencia de ello, este TRIBUNAL dirige comunicación al Servicio de Defensa de la Competencia, a los efectos prevenidos en el Artículo 48.1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia; con expresión formal de la fecha de notificación del Acuerdo recurrido a las partes; así como de los apoderamientos formales exigibles a estos efectos procesales (Folio 25).

Requerimiento que fue cumplimentado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 21 de Abril del 2004 (Folio 26).

El día 17 de Mayo en Providencia del Pleno de este TRIBUNAL, se acordó el nombramiento de Ponente, a la par que ex Artículo 48.3 de la Ley

de Defensa de la Competencia poner el expediente de manifiesto a las partes, por término de quince días, para formular alegaciones y numerar el expediente como R 611/2004 (Folio 32 y siguientes) lo que fue notificado a las partes interesadas y comunicado al Servicio.

Por consecuencia de ello, la Entidad Mercantil GLAXO WELLCOME S.A., en escrito fechado el día 2 de Junio del 2004, que tuvo su entrada ese mismo y fue registrado con el número 1029 expresaba su oposición a la estimación del Recurso interpuesto por Spain Pharma S.A., en mérito a una serie de alegaciones (Folios 46 y siguientes).

La Entidad Mercantil denunciante SPAIN PHARMA S.A., en escrito fechado el día 4 de Junio del 2004, que tuvo su entrada ese mismo día y fue registrado con el número 1039 establecía y desarrollaba una serie de alegaciones (Folios 63 y siguientes).

La Entidad Mercantil LABORATORIOS ALTER SA., en escrito fechado el día 9 de Junio del 2004, que tuvo su entrada ese mismo día y fue registrado con el número 1071, tras establecer y desarrollar sus alegaciones, concluía SUPPLICANDO la desestimación del recurso administrativo formulado por Spain Pharma (Folios 81 y siguientes).

Finalmente, la Entidad Mercantil ALMIRALL PRODESFARMA S.A., en escrito fechado el día 7 de Junio del 2004, que tuvo su entrada el día 21 de Junio y registrado con el número 1163 solicita "que, en virtud del mismo, se confirme, que ALMIRALL PRODESFARMA S.A. no tiene la consideración de interesado en el expediente R 611/04 y, subsidiariamente, para el improbable caso que se considere lo contrario, se confirme, en lo que respecta a ALMIRALL PRODESFARMA S.A., el Acuerdo de Sobreseimiento del expediente de referencia adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia en fecha de 16 de marzo de 2004." (Folios 106 y siguientes).

CUARTO.- EL PLENO del Tribunal deliberó y falló este asunto en su Sesión del día 6 de octubre de 2004.

QUINTO.- Son interesados:

- SPAIN PHARMA S.A.
- GLAXO WELLCOME S.A.
- Laboratorios ALMIRALL-PRODESFARMA
- Laboratorios ALTER
- Laboratorios FAES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debemos partir de los siguientes establecimientos fácticos que han sido sujetos a investigación, valoración y posterior resolución/propuesta:

1º SPAIN PHARMA SA., es una empresa de **exportación paralela** a otros países comunitarios (fundamentalmente Reino Unido y Holanda) de una serie de productos farmacéuticos, que se comercializan en España y que a los efectos de este Expediente procede diferenciar así:

1.1 los productos de GLAXO WELLCOME S.A., que conforman la denuncia son:

- **Zovirax** cuyo principio activo es el Aciclovir.
- **Imigran** cuyo principio activo es el Sulmatriptan.
- **Ventolin** cuyo principio activo es el Salbutamol.
- **Serevent** cuyo principio activo es el Salmeterol.
- **Becotide** cuyo principio activo es la Beclometasona.
- **Becloforte** cuyo principio activo es la Beclometasona.
- **Beconase** cuyo principio activo es la Beclometasona.
- **Lamictal** cuyo principio activo es la Lamotrigina.

1.2 las especialidades de LABORATORIOS ALTER (licenciadas por GLAXO) son :

- **Betamican** cuyo principio activo es el Salmeterol
- **Arcoiran** cuyo principio activo es Sumatriptan.

No obstante, no figuran en el expediente pedidos de Arcoiran, ni la denunciante ha manifestado que le haya sido negado el suministro.

1.3 en cuanto a FAES, este laboratorio posee licencia de GLAXO para el **Beglan** cuyo principio activo es el Salmeterol y comercializa bajo licencia de Wellcome Foundation el **Labileno** cuyo principio activo es la Lamotrigina.

Al igual que en el caso de Laboratorios ALTER, salvo un primer pedido de 10 unidades de Beglan que, además, fue suministrado, el resto de los pedidos de SPAIN PHARMA se referían al Labileno.

En el siguiente cuadro se recogen las equivalencias entre las especialidades de GLAXO, ALTER y FAES.

	PRINCIPIOS ACTIVOS		
	Salmeterol	Sumatriptan	Lamotrigina
Especialidades Glaxo	Serevent	Inmigran	Lamictal
Especialidades Alter	Betamican	Arcoiran	-----
Especialidades Faes	Beglan	----	Labileno

2º ALTER manifiesta que la primera condición que exige a los mayoristas para su acceso a la distribución de los productos por él fabricados y/o comercializados es la adquisición de todos los productos de su Vademécum o una variada representación de los mismos. Asimismo exige un pedido mínimo de DOSCIENTAS MIL PESETAS y el pago al contado por adelantado o mediante fianza, con ocasión de las primeras operaciones comerciales con el mayorista.

GLAXO afirma que los pedidos que SPAIN PHARMA le formuló entre octubre de 1997 y marzo de 1998 supusieron un 396% más que los formulados en el mismo periodo del año anterior. No obstante, a pesar de lo anterior GLAXO desde octubre a diciembre de 1997 sirvió a SPAIN PHARMA más cantidades de producto que en el mismo periodo de 1996.

SPAIN PHARMA únicamente solicitó a FAES el suministro de Labileno. FAES afirma que no fabrica el Labileno sino que lo compra a GAYOSO WELLCOME que es quién lo fabrica y lo suministra y está sujeto a un calendario de pedidos y previsiones. En las mismas fechas en las que SPAIN PHARMA solicitó el producto a FAES (Marzo y Abril de 1999), este laboratorio recibió un pedido de DIFAR y otro de COFARES que tampoco pudo atender en su totalidad por falta de existencias. Lo mismo sucedió con otros pedidos cursados por FEDERACIÓN FARMACÉUTICA, UNYCOP, CENTRO FARMACÉUTICO NACIONAL Y SAFA GALÉNICA.

Por lo que se refiere a las condiciones comerciales que tiene establecidas FAES para los mayoristas son con carácter general un aplazamiento del pago de la factura de treinta días a contar desde el suministro del pedido y en algún caso un aplazamiento adicional de otros treinta días.

3º a principios de 1996 SPAIN PHARMA S.A., inició relaciones comerciales con GLAXO WELLCOME SA., y dichas relaciones, según la denunciante, fueron fluidas y regulares hasta Octubre de 1997. Las citadas relaciones comerciales **no se plasmaron en ningún documento escrito**, no obstante,

SPAIN PHARMA efectuaba por escrito los pedidos y los abonaba por anticipado mediante transferencia bancaria a las cuentas designadas por Glaxo.

Según la denunciante, el mercado de producto se define como el de “los productos farmacéuticos con idéntico uso terapéutico que son susceptibles de comercio paralelo”; en el cual los ocho productos de GLAXO que ella desea exportar pertenecen a seis mercados distintos y diferenciados y, salvo para el caso del Lamictal, en todos detenta posición de dominio.

Por lo que se refiere al mercado geográfico, para la denunciante, el mercado de origen es España y el mercado de destino el Reino Unido y Holanda.

4º el mercado de las especialidades farmacéuticas se encuentra dividido en tanto las ventas requieran la necesidad o no de receta médica para efectuar las dispensaciones (las llamadas especialidades de prescripción o éticas con receta) y las publicitarias (las especialidades OTC o sin receta) que en todo caso tiene como característica más sobresaliente el de su **regulación** a la que se halla sometido, centrada en la Ley 25/1990 del Medicamento, diversos Reales Decretos y Ordenes Ministeriales, además de circulares del Ministerio de Sanidad, por lo que a grandes rasgos exige:

4.1 una autorización administrativa para la comercialización de la especialidad farmacéutica.

4.2 tras su autorización-registro, la Administración decide la inclusión o exclusión de la especialidad de la prestación farmacéutica de la Seguridad Social.

4.3 precio impuesto por la Administración a todos los niveles, desde la producción a la dispensación en farmacias y el reembolso.

4.4 la producción, distribución y dispensación de medicamentos se halla, también, estrechamente regulada tanto en la Ley 25/90 como en la normativa sectorial, estableciéndose las obligaciones de cada nivel.

4.5 las Oficinas de Farmacia son el único canal autorizado para llevar a cabo la dispensación de medicamentos (junto con los Servicios de Farmacia hospitalarios, Centros de Salud y estructuras de atención primaria).

4.6 la publicidad de las especialidades de prescripción puede dirigirse exclusivamente a profesionales sanitarios, debiendo ajustarse a los datos que figuren en el Registro de Especialidades Farmacéuticas.

5º la legislación vigente obliga a los laboratorios farmacéuticos a tener continuamente abastecido el mercado con sus productos (Ley 25/1990 y Real Decreto 767/1993) y establece la posibilidad de que, para llevar a cabo la distribución de los mismos, los laboratorios utilicen los almacenes mayoristas (Ley 25/1990 y Real Decreto 2259/1994).

SEGUNDO.-

I.- MERCADO DE PRODUCTO.- La Entidad Mercantil denunciante, SPAIN PHARMA S.A., define el mercado de producto como “los productos farmacéuticos con idéntico uso terapéutico que son susceptibles de comercio paralelo”; mientras la denunciada GLAXO considera que el mercado es el de “los productos farmacéuticos con idéntico uso terapéutico”, siguiendo así el criterio reiteradamente establecido por la Comisión (caso Adalat) cuando establece 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”.

Al respecto, la Comisión viene empleando como referencia la denominada “**Clasificación Anatómica Terapéutica**”, reconocida y utilizada por la Organización Mundial de la Salud y por la empresa Intercontinental Medical Statistic “como punto de partida en la definición de los mercados relevantes”.

En España, la Clasificación Anatómica Terapéutica viene establecida por la Orden Ministerial 13 Mayo 1985, posteriormente modificada por la Orden Ministerial 13 Octubre 1989 y se estructura en cuatro niveles.

Tal y como estableció la Comisión en su Decisión de 10 Junio 1991 “el tercer nivel de la Clasificación permite agrupar los medicamentos en función de sus propiedades terapéuticas, es decir, de su utilización prevista y, por consiguiente, puede considerarse como definición de mercado operativa”.

La Comisión en el caso Ciba-Geigy/Sandoz establece que “la intercambiabilidad de los productos no depende, en principio, de su identidad física, técnica o química, sino de su intercambiabilidad funcional desde el punto de vista de quiénes deciden sobre su consumo, es decir, tratándose de medicamentos con prescripción médica, de los facultativos autorizados”.....por lo que “la sustitutibilidad entre medicamentos puede no depender sólo de las características intrínsecas de los productos en sí mismos, sino de la utilización prevista” e incluso “particularmente de las condiciones individuales de cada paciente”.

En concordancia con ello, este TRIBUNAL ha indicado que “las áreas terapéuticas constituyen, indiciariamente, mercados diferenciados en los que, en principio, puede apreciarse con mayor rigor que con la referencia al conjunto de especialidades, cuál es la posición de los operadores, ya que la sustitutibilidad o equivalencia se produce entre los medicamentos que tienen la misma utilidad terapéutica y no entre los que sirven a fines terapéuticos distintos”.

Seguidamente se concretan los grupos o conjuntos de grupos/subgrupos terapéuticos en los que se hallan incluidas cada una de las especialidades “analizados teniendo en cuenta sus indicaciones terapéuticas”; así como las cuotas de mercado.

II.- MERCADO GEOGRÁFICO.- En el concreto caso, objeto de investigación, el ámbito geográfico a considerar es el **territorio español**, ya que es donde tiene lugar la acción denunciada como abuso de posición dominante, posición que hay que definir en función de la cuota de mercado de cada uno de los laboratorios denunciados, en relación con las especialidades cuyo suministro ha sido denegado y que, en su caso, se realizaría en las mismas condiciones, precios y márgenes.

TERCERO.- Ante la propuesta de sobreseimiento que el Servicio de Defensa de la Competencia desarrolla en el Acuerdo que ha sido recurrido por la Entidad Mercantil denunciante, ésta articula en su escrito una serie de alegaciones que deben ser examinadas y valoradas “en aras a obtener la oportuna satisfacción”.

1º la primera de ellas “manifiesta ser incorrecta la definición de mercado relevante realizada por el Servicio **para alguno de los productos**”, “al incluir indebidamente los subgrupos terapéuticos R3A, R3B y R3G para definir el mercado relevante de los productos Becloforte y Becotine. En cuanto al mercado del Beconase, el Servicio lo incluye erróneamente en la R1A7. En el caso de Serevent, Ventolin y Betamican lo son las clases R3A, R3B y R3G, sin que los productos incluidos en esas clases puedan ser terapéuticamente sustituibles con los englobados en las clases R3D y R3C”.

Esta alegación debe ser desestimada : a) por lo que hace referencia a la definición del mercado relevante de los productos Becloforte, Becotine, Beconase, Serevent, Ventolin y Betamican es la misma que este TRIBUNAL resolviera en el Expediente 1873/1998 en la Resolución R 488/2001 de 5 de Diciembre; y b) siguiendo las decisiones de la Comisión, en orden a tener en cuenta el mercado relevante, sólo lo ha sido en mérito a la Clasificación Terapéutica, sin considerar si podían o no ser objeto de comercio paralelo.

2º la segunda de ellas “manifiesta no haberse tenido en cuenta la cuota conjunta de mercado de Glaxo Wellcome S.A., y sus licenciarios”. La misma debe ser desestimada por las siguientes consideraciones:

a) siguiendo la doctrina del TJCE “la posición dominante colectiva consiste en que varias empresas tengan conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores”.

b) así este TRIBUNAL establece que “es necesario examinar si las empresas afectadas constituyen conjuntamente una entidad colectiva respecto a sus competidores, a sus terceros contratantes y a los consumidores en un mercado determinado. Sólo en el caso de respuesta afirmativa se deberá examinar si dicha entidad colectiva ocupa una posición dominante y si se comporta de forma abusiva”.

Por ello, podemos concluir con el Servicio de Defensa de la Competencia que “nada permite apreciar la existencia de una entidad colectiva constituida entre el licenciante y sus respectivos licenciarios que, aparte de los contratos de licencia, no tienen otros vínculos de unión, actuando en el mercado cada uno de ellos de forma independiente de los demás”.

3º la tercera de ellas “manifiesta que el Servicio, a la hora de analizar las cuotas de mercado de los laboratorios denunciados, no ha contemplado las diferencias de cuotas de dichos laboratorios con sus competidores”. La misma debe ser desestimada por inveraz “dado lo detallado del mercado, a la luz de los cuadros y tablas que aparecen minuciosamente en el expediente”.

4º la cuarta de ellas “manifestaba que, pese a la argumentación del Servicio que los laboratorios no pueden tener posición de dominio al no tener posibilidad de desarrollar una política comercial, sin tener en cuenta a competidores y consumidores (tales como el Sistema Nacional de Salud), ni poder modificar los precios, otras autoridades europeas, caso del Reino Unido (Asunto Napp) y Francia (Asuntos Lilly France y Novartis) han apreciado una posición dominante de empresas farmacéuticas que operan en mercados tan regulados como el español”.

Debemos desestimarla, por cuanto los casos citados precedentes no son comparables (asuntos objeto de resolución) con el que aquí nos ocupa. En el primero se trata de suministros a hospitales, mientras en éste lo es a distribuidores; en segundo lugar se trataba de monopolistas, con lo que deviene clara su posición de dominio; y en tercer lugar, los laboratorios

pueden fijar el precio de los productos individualmente, por lo que se puede hablar de independencia de comportamiento y esta situación no se produce en España “en donde la Administración establece el precio industrial máximo, como dispone el Artículo 100 de la Ley del Medicamento; y la propia Administración está facultada ex Artículo 101 de la misma norma legal, para revisar el precio fijado cuando lo exijan cambios en las circunstancias económicas, técnicas o sociosanitarias”.

5º la quinta alegación establece que “ha quedado sin analizar, si los laboratorios denunciados negaron el suministro a SPAIN PHARMA y cuál fue el motivo de la negativa de su suministro”. Tal alegación debe ser desestimada por las siguientes consideraciones:

- a) si bien no se cumplen las exigencias de la norma del Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, ni la propia del Artículo 82 del Tratado, además en lo que concierne a GLAXO “las cantidades solicitadas por Spain Pharma fueron alrededor de un 400% más elevadas que las solicitadas en el periodo Octubre 96 a Marzo 97 y de conformidad a lo establecido por el TJCE (Asunto Brands) “...una empresa en una posición dominante (...) no puede dejar de suministrar a un cliente que lo es desde antiguo y que cumple los términos usuales del comercio, si los pedidos de tal cliente no exceden de lo ordinario”.
- b) en cuanto a FAES se dan las exigencias necesarias para desestimar lo postulado. En primer lugar, no fabrica el LABILENO, que lo es por Gayoso Wellcome al que aquélla debe hacerle los pedidos con la debida antelación; en un segundo lugar, no debe desconocerse que la totalidad de los laboratorios farmacéuticos, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Medicamento “vienen obligados a tener abastecido el mercado con los productos registrados” por lo que sería tanto como vestir a un santo para desvestir a otro.

6º Finalmente la sexta alegación “compra de productos a otros distribuidores mayoristas” deviene inviable por cuanto se trata de competidores directos que también realizan exportaciones, siendo válido lo anteriormente manifestado en el anterior apartado quinto.

CUARTO.- EL TRIBUNAL ha dictado la presente Resolución in extenso, pudiendo haberse acogido al principio procesal **obiter dictum** “por cuanto la totalidad de las pretensiones aducidas por la parte denunciante y ahora, nuevamente recurrente” ya habían sido objeto de examen y valoración en las precedentes Resoluciones dictadas al efecto por este Pleno y, que en perjuicio de ellas se vienen reiterando “acogiéndose a la vía de los recursos,

que si bien es un derecho que le asiste” no así un uso abusivo y ciertamente temerario de la jurisdicción.

Conducta que debe ser puesta de manifiesto, a los efectos procedentes.

Lo que lleva indefectiblemente a desestimar el Recurso interpuesto por SPAIN PHARMA S.A., contra el Acuerdo de sobreseimiento adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 16 de Marzo del 2004.

Vistos los preceptos citados, **EL TRIBUNAL**

H A R E S U E L T O

DESESTIMAR el Recurso interpuesto por la Entidad Mercantil SPAIN PHARMA S.A., contra el Acuerdo de sobreseimiento adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 16 de Marzo del 2004, que mantenemos en todos sus pronunciamientos, con amparo en la norma del Artículo 47, siguientes y concordantes, de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que es definitiva en vía administrativa y que contra la misma no cabe recurso alguno en tal vía, pudiendo interponer, únicamente y en su momento, Recurso Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente al de la notificación de esta nuestra Resolución.