

RESOLUCIÓN (Expte. R 416/00, GLAXO)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 15 de diciembre de 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición antedicha y siendo Ponente el Vocal Sr. Pascual y Vicente, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 416/00 (1789/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio) de recurso, interpuesto por Spain Pharma S.A. (Spain Pharma) contra el Acuerdo del Servicio de 4 de febrero de 2000 mediante el que sobresee el expediente incoado a Glaxo Wellcome (Glaxo) a raíz de la denuncia formulada por el recurrente y otros, por conductas supuestamente anticompetitivas prohibidas por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y por la Ley española 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en establecer dos listas de precios en las condiciones de venta de medicamentos, diferentes según fueran para la exportación o para su distribución en España, y negar el suministro a los distribuidores que no suscribieran esas condiciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 18 de febrero de 2000 Spain Pharma S.A. interpone ante el Tribunal recurso contra el Acuerdo del Servicio de 4 de febrero de 2000 por el que sobresee el precitado expediente incoado a Glaxo. Al escrito de recurso, Spain Pharma acompaña once documentos que contienen diversas alegaciones presentadas con anterioridad por ella misma al Servicio y al propio Tribunal en el marco del expediente de medidas cautelares MC 29/98.
2. .El 21 de febrero de 2000 el Tribunal remite copia del escrito de recurso y de sus anexos al Servicio, recabando del mismo el expediente y el correspondiente informe, conforme a lo dispuesto en el art. 48.1 LDC, lo que

es cumplimentado el día 24 de febrero de 2000.

3. El 7 de marzo de 2000 el Pleno del Tribunal dicta una Providencia en la que designa Ponente y dispone, de acuerdo con el art. 48.3 LDC, que se ponga de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que durante un plazo de 15 días hábiles, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. Comparecen en este trámite Spain Pharma y Glaxo.
4. El Pleno del Tribunal delibera en sus sesiones de 14 de noviembre y 5 de diciembre de 2000, y falla en esta última.
5. Son interesados:
 - ASEPROFAR.
 - ASECOFARMA.
 - SPAIN PHARMA S.A.
 - GLAXO WELLCOME S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El presente es un expediente para resolver el recurso que uno de los denunciantes (Spain Pharma S.A.) interpone contra el Acuerdo del Servicio por el que se sobresee un expediente sancionador contra Glaxo Wellcome S.A. por conductas presuntamente prohibidas por el TCE y la LDC. El recurso se opone a los pronunciamientos del Servicio sobre las tres siguientes cuestiones: a) En primer lugar, el recurrente se opone a que el Servicio sobresee el expediente sancionador a Glaxo por establecer una doble lista de precios con la justificación de que dicho asunto ha pasado a la competencia de la Comisión Europea. b) En segundo lugar, el recurrente se opone al criterio del Servicio según el cual la negativa de suministro a quienes no suscribieron las condiciones de venta es una conducta conexas a la de fijar doble precio, lo que le lleva a rechazar su tipificación independiente. c) En tercer lugar, el recurrente se opone a la vigilancia del Servicio en el expediente de medidas cautelares MC 29/98 y solicita que se abra un expediente sancionador por incumplimiento.
2. En relación con la primera cuestión, esto es, el sobreseimiento del expediente en cuanto a la doble lista de precios, seguidamente se resumen las diferentes posiciones expuestas en el procedimiento ante el Tribunal.

El recurrente, aunque reconoce que en el momento presente la Comisión tiene competencia exclusiva y excluyente, alega que este motivo justificaría el

aplazamiento de la resolución hasta que exista un pronunciamiento comunitario definitivo, pero no un sobreseimiento del expediente. Por ello, el recurrente solicita que el Tribunal ordene la suspensión del expediente, en lo relativo a esta conducta, hasta que exista una resolución de la autoridad comunitaria que conoce el asunto o, subsidiariamente, que acuerde el aplazamiento de la resolución en relación con este punto.

El Servicio, por su parte, sostiene que ha sobreseído el expediente, en lo que afecta a esta cuestión, porque no era aplicable la normativa comunitaria en materia de competencia por parte de las autoridades nacionales, ya que se había iniciado procedimiento por la Comisión, y porque no existía infracción de las normas nacionales al no verse afectado el mercado nacional.

La empresa denunciada, finalmente, manifiesta su conformidad con las conclusiones alcanzadas por el Servicio y hace hincapié en que es infundada la interpretación que Spain Pharma hace de la normativa española y comunitaria, así como en que Spain Pharma no es un operador del mercado nacional español.

3. Por lo que se refiere a la segunda cuestión, relativa a si la negativa de suministro a los distribuidores que no han suscrito las condiciones de venta es o no una conducta independiente del establecimiento de una doble lista de precios, susceptible de un enjuiciamiento autónomo, las diferentes posiciones que han mantenido los intervinientes se resumen a continuación.

La posición del recurrente es que, aún estando relacionadas ambas conductas, son susceptibles de un enjuiciamiento autónomo y sostiene que, por ello, la negativa de venta debe ser enjuiciada, además, como una conducta abusiva de una posición de dominio en el mercado. En este sentido, solicita que el Tribunal ordene al Servicio la continuación del expediente por esta conducta.

El Servicio, contrariamente, defiende que la negativa de suministro a los distribuidores no suscribientes de las condiciones de venta es una conducta conexas a la de fijar doble precio, lo que le lleva a rechazar su tipificación independiente. Por otra parte, el Servicio señala que dicha conducta no afecta al mercado nacional puesto que las condiciones de venta en éste han permanecido inalteradas.

La denunciada, por su parte, manifiesta la conformidad con las conclusiones alcanzadas por el Servicio y reitera que Spain Pharma no es un operador del mercado nacional español.

4. En relación con las dos cuestiones planteadas hasta ahora, elaborar una doble

lista de precios y negar el suministro a los disconformes, el Tribunal considera que deben ser abordadas conjuntamente. En efecto, es su criterio que acierta el Servicio cuando hace notar que ambas cuestiones son conexas y no deben, por ello, ser enjuiciadas de modo independiente. Una y otra son prácticas instrumentales al servicio de una conducta perfectamente identificable: vender a precios diferentes para la exportación y para el mercado interior. Con vistas a lograrlo, es por lo que se fijan dos listas de precios diferenciados y se niega el suministro a quienes no aceptan las condiciones de venta. La conducta objetivo es vender a precios diferentes dentro y fuera; la doble lista y la negativa de venta constituyen meras prácticas instrumentales al servicio de aquella conducta objetivo. De ahí que sea correcta la apreciación del órgano instructor según la cual ambas prácticas no deben enjuiciarse separadamente. En la actualidad, esa venta a precios diferenciados dentro y fuera de España está siendo enjuiciada por las autoridades comunitarias europeas, en atención a la posibilidad de que la restricción al comercio paralelo que pudiera significar implicara una vulneración del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Se excede, sin embargo, el Servicio cuando, por razón de que el asunto se encuentre ahora en sede comunitaria, sobresee el expediente. Más bien, el Servicio debería haber suspendido el procedimiento en relación con esta materia hasta que las autoridades comunitarias europeas alumbren su pronunciamiento definitivo. Es, por ello, en este sentido y sólo en éste, atendible la petición de la recurrente.

5. Ahora resta abordar la tercera cuestión planteada en el recurso, esto es, la relativa al supuesto incumplimiento por Glaxo de las medidas cautelares acordadas en el expediente MC 29/98.

En su escrito de recurso, Spain Pharma manifiesta su oposición, por considerarla insuficiente, a la vigilancia llevada a cabo por el Servicio en el expediente de medidas cautelares MC 29/98 y a que no se hayan propuesto sanciones por el incumplimiento, habido en opinión de la recurrente, de las medidas cautelares. Se solicita del Tribunal que ordene la apertura de expediente sancionador a Glaxo por incumplimiento de las medidas cautelares del expediente MC 29/98.

El Servicio hace notar, por su parte, que en el Acuerdo de sobreseimiento ya se daba cuenta de los dos informes de vigilancia de las citadas medidas, que eran fruto de un expediente instruido con minuciosidad (el expediente de vigilancia consta de 2.073 folios), y en los que se concluía que Glaxo había cumplido con el contenido formal de las medidas cautelares adoptadas por el Tribunal. No procedía, pues, sanción alguna, en opinión del Servicio.

La denunciada, en sus alegaciones, manifiesta su conformidad con las conclusiones alcanzadas por el Servicio y reitera que ha cumplido, como este

reconoce, las medidas cautelares acordadas por el Tribunal en el expediente MC 29/98.

El Tribunal considera que el Servicio ha instruido con particular atención y detalle el expediente de vigilancia de las medidas cautelares dispuestas en la Resolución del expediente MC 29/98 y los informes emitidos al respecto por el Servicio siempre han sido concluyentes en el sentido de que las medidas cautelares se han cumplido. Toda la argumentación del recurrente en sentido contrario se fundamenta en que no ha sido servida la totalidad de los pedidos solicitados. Pero esa cuestión está muy bien explicada por el Servicio en las conclusiones de su primer informe de vigilancia cuando señalaba: a) Que no parecía que Glaxo hubiera modificado sus programaciones de producción, venta y stocks de productos exportables, a raíz de las medidas cautelares. b) Que, desde la ejecutividad de las medidas cautelares, los pedidos de los mayoristas exportadores habían aumentado y los suministros también. c) Que la diferencia entre lo pedido y lo suministrado ha permanecido estable en torno al 30-35 %. d) Que no existen indicios de que Glaxo esté discriminando a las partes más conflictivas en el asunto. De todo lo anterior el Servicio deduce, en opinión del Tribunal con buen criterio, que Glaxo ha cumplido con el contenido formal de las medidas cautelares adoptadas por el Tribunal. En definitiva, debiendo Glaxo Wellcome S.A. tener abastecido el mercado interior, sería excesivo considerar que no servir íntegramente los pedidos para el exterior haya de significar sin más que las medidas cautelares se estén incumpliendo en una coyuntura en la que la demanda para la exportación es ascendente. Esa es la lógica del Servicio que el Tribunal no puede dejar de reconocer como válida.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal

RESUELVE

- 1.** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por Spain Pharma S.A. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 4 de febrero de 2000 en lo relativo al sobreseimiento del expediente por lo que se refiere a la doble lista de precios. El expediente 1789/98 del Servicio, en lo relativo a dicha imputación en particular y, en general, a la conducta consistente en vender a precios diferentes para la exportación y el mercado interior, debe considerarse suspendido hasta que haya resolución firme de las autoridades comunitarias europeas.
- 2.** Desestimar el recurso interpuesto por Spain Pharma S.A. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 4 de febrero de 2000, en lo referente a que la negativa de suministro a quienes no suscribieron las

condiciones generales de venta sea enjuiciada como una conducta independiente.

- 3.** Desestimar el recurso interpuesto por Spain Pharma S.A. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 4 de febrero de 2000, en lo referente al supuesto incumplimiento por Glaxo Wellcome S.A. de las medidas cautelares acordadas en el expediente MC 29/98.

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