

RESOLUCIÓN (Expte. R 418/00 GLAXO 2)

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

Madrid, 3 de noviembre de 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, Tribunal), con la composición antes expresada y siendo Ponente D. Luis Martínez Arévalo, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 418/00 (1789/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio), contra el Acuerdo de 4 de febrero de 2000 de sobreseimiento del Servicio, del expediente iniciado por denuncia de la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos (en adelante, ASEPROFAR), la Asociación Española de Productos Farmacéuticos (en adelante, ASECOFARMA) y SPAIN PHARMA S.A, contra GLAXO WELLCOME S.A. (en adelante, GLAXO), por prácticas presuntamente contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 6 de marzo de 1998 GLAXO notificó a la Comisión de las Comunidades Europeas unas condiciones generales de venta en las que establecía para los medicamentos fabricados en España, dos listas de precios diferentes, según los productos fuesen finalmente destinados al mercado español u objeto de exportación. Los precios establecidos para el segundo caso resultaban superiores a los que se practicaban habitualmente en los países comunitarios. En su notificación GLAXO solicitaba una declaración negativa o, en su defecto, una autorización singular (Asunto IV/ 36.957/F3).
2. El 6 de abril de 1998 ASEPROFAR y ASECOFARMA formularon una denuncia ante el Servicio, con solicitud de medidas cautelares, contra GLAXO por las

condiciones de venta establecidas por esta entidad el 6 de marzo de 1998, al considerar que podían ser constitutivas de infracción del artículo 85 (actual artículo 81) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) y del artículo 7 de la LDC.

3. El 21 de abril de 1998, en un segundo escrito de ASEPROFAR, se ampliaba la denuncia para incluir el artículo 1 de la LDC, se concretaban las medidas cautelares inicialmente solicitadas y se alegaba la existencia de una concertación entre GLAXO y COFARES, para la puesta en marcha de las nuevas condiciones.

Las conductas de GLAXO que presuntamente infringían la normativa de competencia eran las siguientes:

- establecimiento, en sus nuevas condiciones generales de venta, de dos listas de precios diferentes según los productos fuesen destinados a la distribución en España o a la exportación.
- negativa de suministro a los distribuidores que no suscribieron dichas condiciones.
- otorgamiento de un trato de favor a COFARES para contar con su apoyo de cara al lanzamiento de estas nuevas condiciones generales de venta.

Por Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 22 de abril de 1998, el Servicio procedió a la incoación de expediente por presuntas infracciones de los artículos 1 y 7 de la LDC y 85.1 (actual 81.1) del TCE.

4. El 9 de julio de 1998, SPAIN PHARMA S.A. formuló denuncia contra GLAXO y sus filiales por hechos similares a los ya denunciados por ASEPROFAR y ASECOFARMA, pero considerando la existencia de infracción del artículo 86 (actual artículo 82) del Tratado de la Unión. En el mismo escrito se denunciaba, además, la existencia de contratos de licencia entre GLAXO y ALTER que presumiblemente podían contener alguna cláusula que prohibiera suministrar a aquellos mayoristas que se dedicasen a la exportación de productos farmacéuticos.

El 8 de febrero de 1999 el Servicio archivó parcialmente la denuncia de SPAIN PHARMA contra GLAXO y sus licenciatarios y en el mismo acto se admitió a trámite el resto de la denuncia de SPAIN PHARMA y se acumuló al expediente 1789/98.

El archivo fue recurrido por SPAIN PHARMA el 26 de febrero de 1999 y el Tribunal, en su Resolución de 14 de junio de 1999, al Expte. r 360/99, resolvió lo siguiente:

- “1. 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.*
- 2. Interesar del 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., 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”.*

A la vista de esa Resolución del Tribunal el Servicio procedió a la incoación de expediente con el n 2023/99 para investigar la negativa de suministro a SPAIN PHARMA por parte de GLAXO, sus filiales y ALTER con anterioridad al establecimiento de las nuevas condiciones generales de venta y los acuerdos entre GLAXO y sus licenciatarios.

- 5. Teniendo en cuenta el contenido de las denuncias y la información obrante en el expediente, el 14 de julio de 1998, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia propuso al Tribunal la adopción de medidas cautelares.*

El Tribunal en su Resolución al Expte. MC 29/98, de 16 de octubre de 1998, adoptó las medidas cautelares que a continuación se transcriben:

- “1. Adoptar la medida cautelar consistente en suspender, durante un período de 6 meses, la aplicación de la condición 4 de las condiciones generales de venta de GLAXO WELLCOME S.A. y sus compañías filiales WELLCOME FARMACÉUTICA S.A., ALLEN FARMACÉUTICA S.A. y DUNCAN FARMACÉUTICA S.A. remitidas el 6 de marzo de 1998 por la Dirección Comercial de la primera de las citadas a los almacenes mayoristas autorizados para la compra de especialidades farmacéuticas.*

2. *Imponer a la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos, a la Asociación Empresarios de Cooperativas Farmacéuticas y a SPAIN PHARMA S.A. una fianza solidaria de 600 millones de pesetas para el supuesto de que el contenido de la medida cautelar que se adopta en el número anterior no tuviera acogida en la Resolución definitiva del Expediente.*

Dicha fianza deberá ser instrumentada en aval bancario incondicional y a primer requerimiento de este Tribunal, intervenido por fedatario público o ratificado por sus otorgantes.

3. *Imponer, en su caso, a GLAXO WELLCOME S.A. y a sus filiales mencionadas en el apartado 1 anterior una multa coercitiva de 150.000 pesetas por cada servicio de pedidos de especialidades farmacéuticas que incumpla la medida adoptada en dicho apartado 1.*
4. *Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia una especial vigilancia del cumplimiento de la presente Resolución”.*

Como consecuencia de la imposición de fianza a la que hacía referencia la segunda de las medidas, el TDC dictó Providencia de fecha 23 de diciembre de 1998 declarando bastante el aval depositado por ASEPROFAR. La notificación a las partes de la anterior Providencia se realizó en fecha 29 de diciembre a los denunciantes y el 5 de enero de 1999 a GLAXO.

6. Estando próximo el vencimiento ASEPROFAR y SPAIN PHARMA solicitaron la adopción de nuevas medidas cautelares. Con fecha 29 de junio de 1999 el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia propuso al Tribunal la adopción de nuevas medidas cautelares.

En su Resolución al Expte. MC 30/99, de 19 de julio de 1999, el Tribunal adoptó las siguientes medidas cautelares.

- "1.- *Suspender, durante un nuevo período de seis meses, la aplicación de la condición 4 de las condiciones generales de venta de GLAXO WELLCOME SA y sus compañías filiales WELLCOME FARMACÉUTICA SA, ALLEN FARMACÉUTICA SA y DUNCAN FARMACÉUTICA SA, remitidas el 6 de marzo de 1998 por la Dirección Comercial de la primera de las citadas empresas a los almacenes mayoristas autorizados para la compra de especialidades farmacéuticas.*
- 2.- *Ordenar a GLAXO WELLCOME SA y a sus filiales que durante los seis meses de duración de las medidas cautelares garanticen el*

suministro de los pedidos, hasta un máximo de la media mensual suministrada a cada distribuidor durante los 24 meses anteriores al establecimiento de la lista 4B y en los plazos de entrega que GLAXO tuviere pactados con los distribuidores.

- 3.- *Imponer a la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos, a la Asociación Empresarios de Cooperativas Farmacéuticas y a SPAIN PHARMA SA una fianza solidaria de 600 millones de pesetas para el supuesto de que el contenido de la medida cautelar que se adopta en el número anterior no tuviera acogida en la Resolución definitiva del Expediente. Dicha fianza deberá ser instrumentada en aval bancario incondicional y a primer requerimiento de este Tribunal, intervenido por fedatario público o ratificado por sus otorgantes.*
- 4.- *Establecer que las medidas cautelares entrarán en vigor al día siguiente al de la comunicación a las empresas afectadas de que la fianza solidaria impuesta ha sido declarada bastante por el Tribunal.*
- 5.- *Imponer, en su caso, a GLAXO WELLCOME SA y a sus filiales mencionadas una multa coercitiva de 150.000 pesetas por cada servicio de pedidos de especialidades farmacéuticas que incumplan las medidas adoptadas."*

Dichas medidas no entraron en vigor al no constituirse la fianza solidaria señalada en el punto 4.

7. Las condiciones de venta establecidas por GLAXO WELLCOME S.A. fueron denunciadas ante la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (en adelante, DGIV) por diferentes entidades y en distintas fechas:
 - **ASEPROFAR** mediante la denuncia el 3 de abril de 1998.
 - **FEDIFAR** mediante denuncia de 12 de junio de 1998 . Esta denuncia junto con la de ASEPROFAR se tramitan en la DGIV como Asunto IV/36.997/F3.
 - **SPAIN PHARMA** mediante la denuncia de 25 de junio de 1998, que se tramita ante la DGIV como Asunto IV/37.121/F3.
 - **BUNDESVERBAND DER ARZNEIMITTEL-IMPORTEURE** mediante denuncia de 26 de junio de 1998, que se tramita como Asunto IV/37.138/F3.

- **EUROPEAN ASSOCIATION OF EUROPHARMACEUTICAL COMPANIES** mediante denuncia de 19 de enero de 1999, que se tramita como Asunto IV/37.380/F3.

En concreto, ASEPROFAR, en su escrito de 3 de abril de 1998, denunciaba los siguientes hechos:

"Con fecha 6 de marzo del presente año, Glaxo Wellcome S.A. envió a los distribuidores españoles una carta a la que se adjuntaban nuevas condiciones generales de venta de productos farmacéuticos, tanto de esta Sociedad, como de los ofertados por sus afiliadas. La carta iría llegando en los sucesivos días a los distribuidores. Un ejemplo de esta carta se acompaña como anexo V.

La carta hacía referencia a que las nuevas condiciones de venta entrarían en vigor el mismo lunes, día 9, así como al respeto que se acordaría a los descuentos y días de pago para los productos a comercializar en España. También se hacía la advertencia que la carta debía ser devuelta firmada en prueba de conformidad en el plazo de una semana (fecha límite el día 13 de marzo).

Las condiciones generales de venta contienen dos listas de precios dependiendo del lugar de comercialización del producto (documento anejo VI). Dichas condiciones afectan sólo a los productos farmacéuticos que están listados por la Seguridad Social como medicamentos subvencionados. Dentro de éstos, hace una diferencia de precio para aquellos productos que se van a comercializar en el Reino de España, para los que establece el precio fijado por el Gobierno de acuerdo al artículo 100 de la Ley 25/1990, del Medicamento, y aquéllos que serán comercializados en otros países de la Unión Europea. Los precios para los productos a exportar son hasta 16 veces los precios nacionales, y en buena parte de los casos, esos precios son superiores a los precios de los posibles países de destino de las exportaciones, como se puede comprobar en el documento anejo IV.

Las condiciones generales de venta contenían asimismo la frase siguiente:

Glaxo Wellcome, S.A. informa al almacén mayorista de (sic) que ha notificado a la Comisión de las Comunidades Europeas las presentes condiciones generales de venta

Algunos de los distribuidores destinatarios de la carta, no estimando la propuesta aceptable, no han suscrito la misma a la fecha, encontrándose con que ninguno de los pedidos de productos posteriores al día 13 de marzo ha sido atendido. Muestras de estos pedidos se acompañan como Anexo 3,

para el cual, habida cuenta del posible riesgo de represalias por encima de las ya adoptadas por Glaxo Wellcome, S.A. y sus afiliadas, se reclama el tratamiento confidencial que prevén los artículos 19, 20 y 21 del Reglamento 17/62.

Al entrar en contacto con Glaxo Wellcome, S.A., esta empresa les ha manifestado que no recibirían suministro alguno, y con independencia del destino de la mercancía, hasta tanto no suscribieran en prueba de conformidad la carta recibida. En ocasiones, han sido verbalmente informados de que no figuraban ya en la lista de clientes de las sociedades del grupo Glaxo Wellcome."

8. En aplicación de lo previsto en el artículo 56.1 de la LDC, introducido por el artículo 100 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con fecha 8 de febrero de 1999, el Servicio acordó la interrupción del plazo de instrucción del expediente al estimar que era necesaria la coordinación con la Unión Europea, dado que GLAXO había solicitado a la DGIV autorización singular en aplicación del artículo 85.3 del Tratado de la Unión Europea y existían varias denuncias ante la Comisión por los mismos hechos. El 9 de febrero de 1998 el Servicio solicitó información a la DGIV en relación con la solicitud de autorización y las denuncias anteriormente citadas y le comunicó la interrupción del plazo de instrucción del expediente hasta que se tuviera conocimiento de las intenciones de la Comisión al respecto.

El 22 de junio de 1999 el Servicio redactó un Acuerdo de sobreseimiento parcial de la denuncia relacionada con COFARES. Dicho Acuerdo no fue recurrido.

A la vista del Pliego de Cargos formulado por la Comisión contra GLAXO WELLCOME, y teniendo en cuenta que en el caso IV/37.121/F3 SPAIN PHARMA contra GLAXO, los hechos denunciados ante la Comisión consistían en:

- una conducta abusiva del grupo GLAXO por negativa de suministro a SPAIN PHARMA, enmascarando esta negativa en la imposición de nuevas y abusivas condiciones de venta, con la finalidad de impedir la exportación paralela de sus productos a otros países comunitarios, lo que constituiría, en opinión del denunciante, una infracción del artículo 82 del Tratado (ex.86).
- la existencia de acuerdos suscritos entre GLAXO y sus licenciatarios en España contrarios al artículo 85 del TCE (actual artículo 81), en la medida que incluyen, de forma explícita o implícita, una prohibición de

exportación de los productos farmacéuticos a otros países comunitarios.

el Servicio solicitó a la DGIV, el 9 de septiembre de 1999, información acerca de si la redacción del Pliego suponía un archivo tácito de las otras conductas denunciadas (negativa de suministro y acuerdos con los licenciarios) o, por el contrario, la Comisión podía, en algún otro momento del procedimiento, proceder a analizar las mismas.

Con fecha 22 de septiembre de 1999 tuvo entrada en el Servicio un escrito de dicha DGIV en el que manifestaba (folios 3613 y 3614):

“En efecto, en el Pliego de Cargos contra Glaxo Wellcome de 13 de julio de 1999 no se mencionan el posible abuso de posición dominante derivado de la negativa de suministro de Glaxo Wellcome a Spain Pharma ni el posible acuerdo denunciado por esta última empresa entre Glaxo y sus licenciarios en el sentido de prohibir la exportación de los productos Glaxo a otros países comunitarios.

Por motivos de oportunidad y de economía de medios, y teniendo en cuenta el posicionamiento de la Comisión sobre las condiciones generales de venta de Glaxo Wellcome, no se ha considerado pertinente la valoración de los demás aspectos mencionados. No obstante, si en un momento posterior se considerase necesario, la Comisión no renuncia a su análisis, de acuerdo con los procedimientos establecidos.”

El Servicio interpretó el anterior escrito en el sentido de que la Comisión no estaba procediendo a analizar la alegación de negativa de suministro, por lo que procedió a examinarla en cuanto supuesta infracción del artículo 7 LDC, en los términos de la denuncia de ASEPROFAR y ASECOFARMA.

9. Tras analizar la denuncia de posible incumplimiento por parte de GLAXO del artículo 7 LDC y por prácticas que pudieran constituir conducta desleal en los términos del artículo 16 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD), el Servicio, mediante Acuerdo de 4 de febrero de 2000, concluyó que:

*"Como consecuencia de todo lo anterior, no dándose las condiciones para la aplicación del artículo 7 expuestas por el TDC, se propone el **sobreseimiento del expediente.***

Dése cuenta a los interesados de esta propuesta en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 37.4 de la Ley 16/1989".

10. Con fecha 21 de febrero de 2000 tuvo entrada en este Tribunal escrito de Don Marcos Araujo Boyd, en nombre de ASEPROFAR mediante el que se presentaba recurso contra el mencionado Acuerdo de Sobreseimiento de 4 de febrero de 2000.

Con fecha 18 de febrero de 2000 se había recibido en este Tribunal escrito de SPAIN PHARMA S.A. por el que se recurría el mismo Acuerdo; dicho recurso se tramita en el Tribunal bajo el número R 416/00 GLAXO.

11. Con fecha 23 de febrero de 2000 el Secretario del Tribunal se dirigió a Don Marcos Araujo Boyd informándole sobre la falta de acreditación de la representación con que actuaba. Subsanado ese defecto, con fecha 7 de marzo de 2000, el Tribunal dictó Providencia por la que se concedía a los interesados el plazo de quince días para la formulación de alegaciones y designó Ponente al Vocal D. Luis Martínez Arévalo.
Recibidos los escritos de alegaciones de ambas partes, el Tribunal deliberó y falló este expediente en su sesión plenaria celebrada el 10 de octubre del año 2000.

12. Son interesados:

- ASEPROFAR
- ASECOFARMA
- SPAIN PHARMA S.A.
- GLAXO WELLCOME S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El asunto sobre el que debe pronunciarse el Tribunal es la de si es procedente el sobreseimiento del expediente n.1789/98 acordado por el Servicio de Defensa de la Competencia con fecha 4 de febrero de 2000.

En primer lugar, y aunque las partes no lo alegan, el Tribunal entiende que existe un error en el Acuerdo del Servicio. En efecto éste dice textualmente:

*"En su virtud,
ACUERDO el Sobreseimiento del expediente n 1789/98, que tuvo su origen en la denuncia formulada por ASEPROFAR, ASECOFARMA y SPAIN PHARMA".*

De este texto debe inferirse que el Servicio acuerda el sobreseimiento total del expediente cuando, en realidad, lo que debería sobreseerse son los aspectos residuales del expediente que han sido analizados en la jurisdicción española,

una vez que los aspectos fundamentales, presuntos acuerdos entre GLAXO y sus licenciatarios españoles con establecimiento de una doble lista de precios, están siendo analizados en las oportunas instancias europeas. Respecto a esos aspectos fundamentales, el expediente del Servicio hubiera debido mantener la suspensión del procedimiento, con interrupción de plazos, acordada en virtud del art. 56 LDC mediante Providencia de 8 de febrero de 1999, y levantada de forma global mediante Providencia de 2 de septiembre de 1999.

El aspecto residual cuyo sobreseimiento debe analizar el Tribunal es la supuesta negativa de venta, en cuanto posible violación de las prohibiciones establecidas en los arts. 7 LDC y 16 LCD.

2. En relación con dicho sobreseimiento la recurrente, ASECOFARMA, alega en esencia que las autoridades españolas deben pronunciarse aunque exista un procedimiento pendiente en la Comisión. Según el recurrente, el artículo 9.3 del Reglamento 17/62 estipula que la iniciación de un procedimiento comunitario impide a las autoridades nacionales la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Ello no es óbice para la aplicación de las normas nacionales cuando existan indicios racionales de que se están vulnerando también las normas nacionales. Dichas condiciones existen, en opinión de ASECOFARMA, ya que: la negativa de suministro produce desequilibrio en el mercado español entre los competidores favorecidos y los desfavorecidos (y este aspecto no será tratado presumiblemente en la resolución que dicte la Comisión); el TDC, en su resolución de medidas cautelares, señala que puede apreciarse en principio una infracción del artículo 1 LDC; existen indicios de violación del artículo 16.2 LCD por condiciones abusivas y por negativa de suministro. Resulta de ello, en opinión de ASECOFARMA, que el procedimiento iniciado ante la Comisión no es suficiente para asegurar una adecuada protección de los intereses en juego.
3. GLAXO, alega también que las autoridades nacionales dejan de tener competencia una vez iniciados los procedimientos comunitarios. No niega que las autoridades españolas puedan pronunciarse sobre si ha habido o no violación de normas españolas; sin embargo, considera que, en el caso actual, el Servicio ha concluido lo contrario y que la imposición de unas condiciones de venta no tiene incidencia sobre el mercado español en cuanto que no significaban ninguna modificación del producto que se sirve para el mercado nacional.
4. Resulta de las alegaciones anteriores que no existe discrepancia esencial entre las partes, ni frente al Servicio, respecto a la doctrina jurídica aplicable al caso y, en concreto, sobre las condiciones en que procede el pronunciamiento de las autoridades de competencia españolas en expedientes

que se encuentran pendientes de resolución en las oportunas instancias comunitarias. La discrepancia versa esencialmente sobre si las posibles consecuencias jurídicas de los hechos inicialmente denunciados están siendo analizadas en su totalidad en el procedimiento comunitario, cuyo Pliego de Cargos contra GLAXO fue formulado el 13 de julio de 1999, o, por el contrario, existen aspectos que escapan a ese procedimiento. En otras palabras, y siguiendo la exposición de ASECOFARMA, si el procedimiento comunitario es *suficiente para agotar la defensa de los intereses jurídicos en juego*.

Al analizar este aspecto debe recordarse que en las denuncias iniciales de ASEPROFAR y ASECOFARMA se describían, en primer lugar, unos hechos, consistentes en la remisión por parte de GLAXO a sus distribuidores españoles de unas nuevas condiciones generales de venta, que debían ser aceptadas en un plazo determinado, y la posterior negativa a suministrar productos a quienes firmaron dichas condiciones. El escrito de denuncia pasaba, a continuación, a analizar la calificación jurídica que correspondía a tales hechos y a estos efectos los denunciantes proponían distinguir entre "*lo referente a las condiciones generales de venta*" y "*la supeditación de la continuación del suministro a la firma de las condiciones propuestas*". En relación con este segundo aspecto los denunciantes (o, más exactamente, ASEPROFAR, ya que sólo este denunciante se atribuye la autoría -folio 3- de los fundamentos de derecho del escrito que presentan de forma conjunta) señalan "*La supeditación del suministro al hecho de que los distribuidores firmen las condiciones generales de venta constituye un acto que refuerza los efectos anticompetitivos de la conducta descrita. Por ello, esta negativa es, al igual que las condiciones en sí mismas, una violación del artículo 85 del Tratado, que ni siquiera goza de inmunidad de multas en aplicación del artículo 85 del Tratado, por cuanto es difícilmente creíble que haya sido notificada a la Comisión europea*".

Además de ello, la conducta es independientemente reprochable como supuesto de explotación abusiva de una situación de dependencia económica, prohibida por el artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal, norma que las autoridades administrativas nacionales pueden aplicar a este caso por así mandarlo el artículo 7 de la Ley 16/1989".

Resulta, por tanto, que los propios denunciantes reconocen la íntima relación lógica existente entre ambos elementos. Ciertamente consideran que la segunda podría ser tipificada, además de como violación del artículo 85 (hoy 81) TCE, como violación del artículo 16.2 LCD, planteamiento que el Tribunal no considera incorrecto pero que daría lugar a una situación de concurso de leyes, en la que un acto se encuentra tipificado en diversas normas. Las situaciones de este tipo -precisamente por incidir sobre un acto único- requieren una jerarquización de las normas aplicables, jerarquización que, en

este caso, y en virtud de la importancia relativa de los bienes jurídicos aplicables, llevaría a analizar la conducta imputada desde la óptica del artículo 81 del TCE, texto que, amén de su superior rango, ha sido considerado en numerosas ocasiones como auténtica pieza angular de la construcción de un área económica europea.

5. Iniciado el expediente comunitario, el Servicio solicitó formalmente información de la Comisión sobre si dicho procedimiento versaba exclusivamente sobre la imputación relativa a una doble lista de precios o si incluía también una investigación de las posibles consecuencias antijurídicas de la negativa de suministro. En su contestación de 15 de septiembre de 1999 (folios 3613 y 3614), la Comisión fue contundente en el sentido de afirmar que, en efecto, se había iniciado un procedimiento para analizar la doble lista de precios, pero presentó una respuesta poco concluyente en relación con la investigación relativa a la negativa de suministro. Tras recibir esa respuesta, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que exige resolver todos los asuntos planteados, el Servicio continuó el análisis de la imputación relativa a la negativa de ventas y concluyó que tal negativa no constituía una infracción del artículo 7 de la LDC, ni del artículo 16.2 LCD.
6. De todo ello resulta que las condiciones generales de venta presentadas por GLAXO a sus distribuidores han sido analizadas a lo largo del expediente bajo la óptica de dos posibles imputaciones: la de un posible acuerdo de pactos con esos distribuidores, que incluiría una doble lista de precios según los productos sean para el mercado interno o la exportación, y la de una negativa de suministro de GLAXO a los distribuidores que no aceptaron dichas condiciones. Distinguidos así estos dos hechos, el Servicio estimó que, en efecto, el segundo no estaba recibiendo un tratamiento en las instancias comunitarias que garantizase la total defensa de los intereses jurídicos protegidos por el ordenamiento español, por lo que procedió a analizar la segunda imputación. Tras realizar ese análisis, el Servicio concluyó que la negativa de venta implícita en la actuación de GLAXO no constituía una conducta contraria a los artículos 7 LDC ni 16 LCD, por lo que sobreseyó el expediente.
7. El Tribunal difiere del análisis que efectúa el Servicio en el sentido de que, planteado el problema en los términos que hace éste, su evaluación de la posible violación de los artículos 7 LDC y 16 LCD resulta excesivamente somera y no permite alcanzar de forma inequívoca una conclusión negativa. En particular, el Tribunal disiente del rápido análisis que realiza el Servicio respecto a la posible afectación al interés público de la negativa de venta y de la conclusión a la que llega de que, dado que los distribuidores afectados por

la negativa suponen tan sólo el 7,52% del mercado nacional, debe considerarse que la afectación no existe.

8. No obstante, el Tribunal considera correcto el sobreseimiento que acuerda el Servicio (que debe entenderse parcial), aunque las razones para llegar a tal conclusión sean diferentes. El elemento que el Tribunal considera determinante a la hora de juzgar este expediente es otro, que guarda relación con la difícil separación, ya aludida en el punto 4 de los FD, de las dos conductas que se imputan a GLAXO. Aunque se haya mantenido a lo largo de todo el expediente, y aunque resulte útil a efectos de analizar la posibilidad de subsumir ciertos aspectos de la conducta de GLAXO en las actuaciones anticompetitivas previstas tanto en la legislación española como en la comunitaria, la distinción entre un acuerdo de precios con fijación de una doble lista y una negativa de venta no debe hacer olvidar que se trata esencialmente de dos aspectos de una misma actuación.

En efecto, GLAXO desea obtener unos objetivos (el restringir unas exportaciones desde España hacia países donde reinan precios más elevados para sus productos) y, para ello, propone a sus distribuidores unas condiciones generales de venta que incorporan la doble lista de precios; posteriormente, los distribuidores que no han suscrito las condiciones se encuentran con que no reciben la mercancía que solicitan. No parece lógico, desde el punto de vista del contexto de política empresarial en que se produce la operación, el considerar a la negativa de venta como un hecho aislado, sino que más bien constituye un elemento esencial de la presión que ejerce GLAXO sobre sus distribuidores para que acepten dichas condiciones. Como señaló este Tribunal en la Resolución al Expte. r 360/99, en el que se estima el recurso interpuesto por SPAIN PHARMA S.A. contra el Acuerdo del Servicio de la Competencia de 8 de febrero de 1999 por el que se archiva parcialmente su denuncia: *No es razonable pensar que GLAXO esté presuntamente tratando de evitar el comercio paralelo de sus productos y no ponga algún tipo de objeciones a que sus licenciatarios lo realicen.*

9. En el mismo sentido, en su Resolución de 17 de diciembre de 1999, al Expte. 408/97, en el que se dilucida también un asunto relacionado con actos tendentes a dificultar la exportación a otros países comunitarios de productos de una multinacional vendidos en España, el Tribunal concluye:

"La conducta prohibida ha consistido en una práctica concertada entre ambas partes para impedir las exportaciones paralelas a Portugal de equipos de aire acondicionado desde España, y su ejecución material, probada en el expediente, se ha manifestado mediante una negativa de ventas, por parte de la empresa PANASONIC, a la empresa denunciante, también española,

CLIMAXPANIA, que pretendía realizar el malogrado comercio paralelo entre España y Portugal."

En dicho caso, la negativa de venta, acreditada a través de diversos faxes incorporados al expediente, constituyó el elemento que dio pie para que el denunciante alegara la realización de conductas contrarias a los artículos 85 TCE y 1 LDC (AH 1 de la Resolución al Expte. 408/97). El Tribunal declaró acreditada la existencia de una práctica concertada contraria al artículo 85. TCE al considerar que dicha negativa de venta constituía el nexo causal lógico que permitía inferir una concertación de voluntades entre PANASONIC y su distribuidor exclusivo en Portugal, SONICEL, para restringir los suministros a la empresa CLIMAXPANIA y, en general, para obstaculizar el comercio comunitario.

El caso que se analiza difiere del citado precedente en que, además de una clara negativa de ventas, existe otro hecho que no se discute, la propuesta por parte de GLAXO a sus distribuidores de unas condiciones generales de ventas aceptadas por unos y rechazadas por otros. La determinación de si la aceptación de dichas condiciones generales, con su lista discriminatoria de precios, constituye una violación del artículo 81 (antes 85) TCE corresponde a los órganos comunitarios, pero lo que interesa señalar aquí es que las diferencias entre el expediente que se analiza y el Expte. 408/97 PANASONIC no son suficientes para desvirtuar la radical similitud entre ambos, que consiste en que, en un intento de cortar las exportaciones de productos desde España, tanto PANASONIC como GLAXO acudieron a un sistema que comprendía dos elementos: el acuerdo con ciertos distribuidores que se comprometían a respetar ciertas reglas y la negativa de suministro a quien no las acatasen. El citado Expte. 408/97 constituye, por tanto, un precedente de tratamiento unitario de ambos aspectos del problema que el Tribunal considera plenamente aplicable al caso actual.

- 10 Algunos clientes de GLAXO aceptaron unas condiciones generales de venta que hoy se encuentran en entredicho por sus posibles características anticompetitivas, otros las rechazaron y se vieron privados del producto que habitualmente se les venía suministrando. En el expediente que se analiza, y a diferencia de lo que acaece en un expediente conexo, el n 2023/99 del Servicio, en el que, siguiendo instrucciones del Tribunal, en su Resolución de 14 de junio de 1999 al Expte. r360/99, el Servicio investiga una posible negativa de suministro acaecida antes de abril de 1998, no aparece que dicha negativa haya funcionado de forma independiente de la propuesta de unas condiciones de venta. Tal independencia se hubiera dado si las empresas afectadas por la negativa hubieran sido distintas de aquellas a las que se proponía las nuevas condiciones de venta o si, siendo las mismas, esa negativa se hubiera relacionado con circunstancias distintas de dicha

propuesta. No existe independencia sino, por el contrario, una clara explicación económica al conjunto de hechos que se analizan en este procedimiento y que viene dada por el deseo, nunca negado por la interesada, de GLAXO de poner fin a una actividad, la de las exportaciones paralelas de medicamentos, que considera claramente lesivas para sus intereses. La licitud de ese intento de frenar las exportaciones es el asunto que está hoy siendo analizado por las autoridades comunitarias y el intento de distinguir entre un acuerdo de precios y una negativa de venta, susceptibles de ser analizados en dos jurisdicciones diferentes, supondría desvirtuar la realidad económica de la actuación de GLAXO y podría dar lugar a que adoptasen resoluciones contradictorias entre ambas.

11. En consecuencia, al existir un procedimiento pendiente de resolución por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas en el que se investigan hechos que no pueden ser separados de los que se analizan en el presente expediente y cuyas consecuencias jurídicas están siendo debidamente analizados en dichas instancias, procede desestimar el recurso interpuesto por ASEPROFAR contra el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio en relación con aquellos aspectos que fueron alegados como diferentes de los analizados con las instancias comunitarias. Debe entenderse que el procedimiento se encuentra suspendido en relación con aquellos aspectos que se encuentran pendientes de resolución por tales instancias.

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

RESUELVE

1. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por Don Marcos Araujo Boyd, en representación de la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 4 de febrero de 2000, en lo referente a la imputación de conductas contrarias a los arts. 1 LDC y 85 TCE (actual 81 TCE), consistentes en los posibles acuerdos alcanzados entre GLAXO WELLCOME y sus distribuidores españoles para establecer unas nuevas condiciones generales de venta. El expediente 1789/98 del Servicio, en lo relativo a dichas imputaciones, debe considerarse suspendido a la espera de la resolución por parte de las oportunas instancias comunitarias.
2. Desestimar el recurso interpuesto por Don Marcos Araujo Boyd, en representación de la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 4 de febrero de 2000, en lo

relativo a la imputación a GLAXO WELLCOME de una conducta contraria a los arts. 7 LDC y 16 LCD consistente en una negativa de venta a sus clientes.

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 de su notificación.