

RESOLUCIÓN (Expte. R 480/01, Spain Pharma)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 28 de octubre de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición arriba expresada y siendo Ponente Don Javier Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 480/01, de recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento parcial de 6 de marzo de 2001, dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente nº 2023/1999, incoado por conductas supuestamente prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escritos de 9 y 21 de julio de 1998, Spain Pharma formuló denuncia ante el Servicio contra el grupo Glaxo y sus licenciatarios, especialmente Alter, por la adopción y puesta en práctica, a través de distintas medidas, de una política dirigida a impedir la exportación paralela de sus productos desde España a otros países comunitarios. La denuncia se refería a ocho productos fabricados o comercializados en España por Glaxo o por alguno de sus nueve licenciatarios.

El Servicio, por Providencia de 8 de febrero de 1999, acordó el archivo parcial de la denuncia en lo referente a la posible existencia de restricciones a la competencia en los contratos de licencia firmados por Glaxo y Alter, incoando expediente sancionador, al amparo de los artículos 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea, contra los denunciados por los hechos relacionados “con el establecimiento de una doble lista de precios y la negativa de suministro a los mayoristas que no aceptaran las citadas condiciones”.

La denunciante recurrió dicho Acuerdo ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, impugnando el archivo parcial de la denuncia, siendo estimado dicho recurso por el Tribunal que, en Resolución de 14 de junio de 1999 (r 360/99), interesó del Servicio “la incoación de expediente sancionador para investigar las siguientes conductas denunciadas por Spain Pharma: a) las negativas de suministro de Glaxo Welcome 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 Welcome S.A. y sus licenciatarios españoles para evitar exportaciones paralelas”.

SEGUNDO.- El Servicio incoó el expediente 2023/99 el 29 de junio de 1999, en los términos interesados por el Tribunal y siguiendo la información facilitada por la denunciante, contra Glaxo Welcome S.A., sus empresas filiales y los laboratorios Alter, Synthelabo Longa, Farmacusi Novag, Pensa, Menarini, Almirall Prodesfarma y Novartis Consumer Health, ampliada más tarde a Faes, por los presuntos acuerdos para evitar las exportaciones paralelas y por las negativas de suministro a Spain Pharma.

Efectuadas las primeras investigaciones, el Servicio sobreseyó el expediente por Acuerdo de 24-2-00, en cuanto a los laboratorios Synthelabo Longa, Farmacusi Novag, Pensa, Menarini y Novartis Consumer Health, por no ser licenciatarios de Glaxo. Dicho Acuerdo fue confirmado por el Tribunal en Resolución de 8 de noviembre de 2000 (R 420/00) tras haber sido impugnado por Spain Pharma.

TERCERO.- Concluida la investigación, el Servicio acordó el 6 de marzo de 2001 un nuevo sobreseimiento parcial del expediente, “en la parte relativa a los supuestos acuerdos entre Glaxo y los otros laboratorios para evitar las exportaciones paralelas”. Concretamente señala el Servicio que “en esta fase del procedimiento sólo se ha procedido a analizar los presuntos acuerdos entre el grupo Glaxo Wellcome y sus licenciatarios españoles (Alter, Almirall y Faes) para evitar las exportaciones paralelas, dejando para un momento posterior las negativas de venta de Alter a Spain Pharma ocurridas con anterioridad a abril de 1998, así como las negativas de venta de Faes a Spain Pharma”.

Añade el Servicio que “en los contratos de licencia y/o distribución examinados no se han observado cláusulas o estipulaciones que limiten o prohíban la venta para su exportación a los Estados Miembros de la Unión Europea” y que en el presente expediente “ha preferido deslindar el contenido de los contratos de licencia de la negativa de venta efectuada por estos laboratorios, que se llevará a cabo en un momento posterior” y que “la presunta negativa de suministro no es consecuencia de las cláusulas

existentes en los contratos de licencia analizados, que en ningún caso prohíben el suministro de productos con destino a la exportación, sino que pueden tener otras motivaciones que serán consideradas al analizar las negativas de suministro de Glaxo Wellcome, sus filiales y Laboratorios Alter a Spain Pharma de determinados productos farmacéuticos ocurridas antes de abril de 1998 y la negativa de suministro de Faes de los productos que Faes fabrica bajo licencia Glaxo que se continúan investigando”.

CUARTO.- Contra el Acuerdo que se recoge en el apartado anterior, Spain Pharma interpone este nuevo recurso, solicitando del Tribunal que deje aquél sin efecto y que ordene al Servicio que continúe la tramitación del expediente en relación con la conducta ahora sobreseída (acuerdos con licenciarios), investigando con profundidad y “sofisticadamente” la conducta denunciada, los posibles acuerdos no sólo expuestos sino también tácitos y las imposiciones implícitas que pudiera haber por parte de Glaxo Wellcome a sus licenciarios para prohibir o dificultar las exportaciones paralelas.

Concretamente, la impugnación se funda en los siguientes argumentos:

- A) En el escrito de interposición del recurso ante el Tribunal, la recurrente alega que el Servicio ha incumplido el mandato que le impuso el TDC en la Resolución r 360/99, de investigar las conductas primera y tercera denunciadas, es decir, 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 licenciarios españoles para evitar las exportaciones paralelas (la negativa de suministro no ha sido sobreseída ni es objeto de recurso).

Señala que el Servicio no ha realizado investigación sofisticada alguna, sino que se ha limitado a constatar la falta de cláusulas limitativas o restrictivas de la competencia en los contratos que ligan a Glaxo con sus licenciarios, pero no ha investigado los motivos por los que Alter, Faes y Almirall niegan el suministro a un mayorista que, como Spain Pharma, lo único que ofrece son ventajas sobre los demás mayoristas, lo que constituye un indicio racional de que las conductas denunciadas tienen al menos apariencia jurídica como para continuar el procedimiento del expediente. Insiste al respecto sobre la insuficiencia de las alegaciones formuladas por los denunciados para justificar sus respectivas negativas de suministro.

- B) En el escrito de alegaciones presentado posteriormente, la recurrente añade un nuevo elemento a la impugnación, solicitando el

levantamiento de la confidencialidad acordada por el servicio respecto de los contratos de licencia suscritos por Glaxo con sus licenciataria, ya que éstos son los que han determinado la decisión recurrida.

C) Finalmente, entiende la recurrente que no es correcto compartimentar un expediente, ya que los presuntos acuerdos denunciados no pueden ser independizados de la conducta de negativa de suministro, que no ha sido sobreseída.

QUINTO.- A) En el informe remitido a este Tribunal con motivo de la interposición del recurso, el Servicio precisa que la investigación no se ha limitado a examinar los contratos de licencia, sino que hay otros datos sobre los motivos de que las denunciadas no suministren a Spain Pharma. El análisis de si la negativa de venta constituye una infracción de la LDC se llevará a cabo en un momento posterior del expediente.

B) Glaxo se opone a la estimación del recurso alegando que la conducta de la denunciante es reprobable ya que insiste en los mismos argumentos que ya fueron desestimados por el Tribunal en la Resolución de un recurso similar planteado por su compañía hermana Diphar (R 437/99).

Continúa expresando que lo infundado de la denuncia de Spain Pharma se pone de manifiesto en el mismo hecho de que seis de los nueve laboratorios inicialmente denunciados ni siquiera eran licenciataria de los productos a que se refiere el expediente y la denuncia, como reconoció el TDC al resolver el recurso R 420/00.

Afirma que la instrucción ha sido más amplia de lo que pretende la recurrente, ya que el Servicio no se ha limitado a considerar las alegaciones de las partes, sino que ha cursado numerosas solicitudes de información dirigidas tanto a Glaxo como a los nueve laboratorios denunciados y a los fabricantes y distribuidores indicados por Spain Pharma. La denunciante desplegó el mismo argumento de insuficiencia de la instrucción en el expediente iniciado por la denuncia de Diphar, que el TDC no acogió en su Resolución de 12 de febrero de 2001.

C) Almirall, por su parte, se opone al recurso y considera correcta la instrucción. Añade que Almirall nunca había recibido ningún pedido de Inaspir ni de Novelián por parte de la denunciante antes de presentar la denuncia, sino que éstos se produjeron el 29 de junio y el 19 de octubre de 2000.

D) Finalmente, Alter se opone al recurso y ratifica anteriores escritos ante el Servicio.

SEXTO.- El Pleno del Tribunal deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 28 de julio de 2003.

SEPTIMO.- Son interesados:

- Spain Pharma S.A.
- Glaxo Wellcome S.A.
- Almirall Prodesfarma S.A.
- Laboratorios Alter S.A.
- Faes S.A.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En cuanto a la confidencialidad de los contratos de licencia suscritos entre Glaxo Wellcome y los laboratorios denunciados, el denunciante no opuso ninguna objeción al acuerdo de confidencialidad cuando le fue notificado por el Servicio y tampoco lo hizo al formular sus alegaciones a la propuesta de sobreseimiento ni en el escrito de interposición del recurso, sino que lo hace ya en el escrito de alegaciones, añadiendo un nuevo elemento a la impugnación en un momento procedimental en el que ninguna de las partes ni el Servicio pueden oponerse.

En cualquier caso, es necesario partir de la base de que la declaración de confidencialidad es una facultad que el artículo 53 de la Ley de Defensa de la Competencia concede a los órganos encargados de su aplicación para que determinados datos o documentos aportados a un expediente por alguna parte imputada o interesada no sean revelados a otras partes, con objeto de no descubrir innecesariamente secretos comerciales o industriales, causando un perjuicio añadido o desproporcionado a los fines del procedimiento mismo. Para ello, como ya ha declarado este Tribunal, es preciso mantener un justo equilibrio entre la necesidad de desvelar la información imprescindible para que las partes puedan hacer alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes y la necesidad de salvaguardar los secretos que pertenecen a cada empresa, teniendo en cuenta las singularidades propias de cada caso concreto.

En este sentido, la pretensión deducida por la recurrente ha de ser desestimada, ya que el objeto del Acuerdo recurrido, al que se refiere la declaración de confidencialidad cuyo alzamiento pretende, no es la redacción o interpretación de una determinada expresión o cláusula

contractual, que podría exigir su examen por parte de todos los interesados en el expediente, sino que se trata de la declaración de que en el texto completo de determinados contratos no aparece ninguna estipulación que expresamente prohíba a los contratantes suministrar productos destinados a la exportación, por lo que si esos contratos contienen secretos comerciales o de negocios, parece suficiente con que sea la propia Administración la que compruebe ese extremo, sin que sea conveniente ni necesario permitir el libre acceso a esos secretos comerciales de otras empresas por el mero hecho de haber formulado una denuncia que se revela, en ese extremo, carente de fundamento.

En este sentido, como se señala en las resoluciones R 205/97 y R 476/01, “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.

SEGUNDO.- 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.

TERCERO.- 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.

CUARTO.- 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.

En su virtud, este Tribunal

HA RESUELTO

PRIMERO.- Desestimar el recurso interpuesto por Spain Pharma contra el Acuerdo de sobreseimiento de 6 de marzo de 2001, dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente nº 2023/1999, que confirmamos en todas sus partes.

SEGUNDO.- 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 de 2001.

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