

RESOLUCIÓN (Expte. r 551/02, Farmacéuticos Formulistas)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

Del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 22 de mayo de 2003.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal), con la composición antedicha y siendo Ponente el Vocal D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso r 551/02 (2400/02 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio), interpuesto por la Asociación Española de Farmacéuticos Formulistas contra el Acuerdo del Servicio, de 3 de diciembre de 2002, que archivó la denuncia formulada contra Abbott Laboratories S.A. por una conducta supuestamente prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en negar, a diversas oficinas de farmacia, el suministro del principio activo *sibutramina* con el que se elaboran fórmulas magistrales contra la obesidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 20 de diciembre de 2002 tiene entrada en el Tribunal un escrito de recurso que interpone la Asociación Española de Farmacéuticos Formulistas contra el Acuerdo del Servicio de 3 de diciembre de 2002 por el que se archivaba la denuncia que, el 9 de julio de 2002, había formulado la recurrente contra la entidad mercantil Abbott Laboratories S.A., por una conducta presuntamente prohibida por el art. 6 LDC consistente en haber supuestamente negado en reiteradas ocasiones el suministro a diferentes oficinas de farmacia del principio activo *sibutramina* para la elaboración de fórmulas magistrales contra la obesidad.

2. El 20 de diciembre de 2002 el Tribunal remite al Servicio copia del escrito de recurso y recaba el preceptivo informe así como las actuaciones seguidas, lo cual es cumplimentado el 30 de diciembre de 2002.
3. El 14 de enero de 2003 el Pleno del Tribunal dicta Providencia, mediante la que designa Ponente y ordena poner de manifiesto el expediente a los interesados para que, en el plazo legal, pueda formular alegaciones y presentar documentos. Ambos interesados comparecen en este trámite.
4. El Pleno del Tribunal delibera y falla este expediente de recurso el 14 de mayo de 2003.
5. Son interesados:
 - Asociación Española de Farmacéuticos Formulistas.
 - Abbott Laboratories S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El presente es un expediente de recurso contra el archivo que hace el Servicio de una denuncia a una empresa fabricante de especialidades farmacéuticas por una conducta supuestamente abusiva de posición dominante que habría consistido en la negativa de suministro a las farmacias, para la elaboración de fórmulas magistrales contra la obesidad, del componente presuntamente principal *sibutramina*.
2. El Servicio, tras llevar a cabo una información reservada, acuerda el archivo de la denuncia por considerarla infundada ya que, a su juicio: 1º) La empresa denunciada no puede haber incurrido en abuso de posición de dominio por carecer de ésta en el mercado de «comercialización y venta en España de los fármacos utilizados para combatir la obesidad» (tanto de especialidades como de fórmulas magistrales) que es —en opinión del Servicio— el mercado relevante. 2º) Aunque hipotéticamente pudiera establecerse que la denunciada goza de posición de dominio en dicho mercado relevante, el Servicio no consideraría abusiva la negativa de suministro de la *sibutramina* al ser un producto amparado por patente.
3. El recurrente, por su parte, rechaza la definición del mercado relevante que hace el Servicio y, en su lugar, defiende que el mercado relevante es el de «suministro del principio activo *sibutramina*», sobre la base de considerar que las fórmulas magistrales que incorporan la *sibutramina* no son sustitutivas de las especialidades farmacéuticas contra la obesidad, porque la demanda de aquéllas se deriva únicamente de prescripciones

facultativas para determinados obesos cuyo organismo rechaza alguno de los componentes de las especialidades y a los que conviene la *sibutramina*. El recurrente considera que, siendo el mercado relevante el de la *sibutramina*, su fabricante tiene el monopolio y, al no haber sustitutivos, también una posición de dominio en el mercado.

4. En el trámite de alegaciones, la empresa denunciada se manifiesta a favor de los pronunciamientos contenidos en el Acuerdo de archivo del Servicio y señala no constarle haber recibido pedido alguno de *sibutramina*, lo que dice no considerar extraño ya que manifiesta no comercializar tal principio activo sino únicamente el medicamento acabado *Reductil*, el cual incorpora dicho principio activo cuyos derechos de patente corresponden, según declara, a una empresa filial del mismo grupo Abbott.

5. El Tribunal considera que le asiste el Derecho al recurrente cuando rechaza los argumentos del Servicio para archivar la denuncia por considerarlos defectuosos. En primer lugar, el Tribunal estima que el Servicio no fundamenta suficientemente su elección del mercado relevante ni refuta la proposición del recurrente según la cual las formulas magistrales y las especialidades farmacéuticas estándar no compiten entre sí porque aquéllas atienden a prescripciones individuales para enfermos individuales concretos, lo que —de ser cierto— podría llevar a considerar como mercado relevante el del principio activo, como señala el recurrente. Por eso, al resultar discutible la definición del mercado relevante del Servicio, pierden base las consideraciones de éste sobre si la empresa denunciada tiene o no una posición dominante en el mercado. Es decir, se impone primeramente esclarecer cuál sea el mercado relevante. En segundo lugar, en la información reservada practicada por el Servicio, no queda acreditada fuera de toda duda la afirmación de éste según la cual, aunque hipotéticamente se pudiera llegar a determinar que la empresa denunciada goza de posición de dominio en el mercado relevante, no sería abusiva la negativa de suministro de un producto amparado por patente. En este sentido, cabe señalar que, como anexo al escrito de la denuncia (documento 14), figura la reproducción de una circular del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid en la que se señala que «el artículo 52 de la Ley de Patentes establece en su punto c) que los derechos conferidos por la patente no se extienden a la preparación de medicamentos realizada en las farmacias extemporáneamente y por unidad en ejecución de una receta médica». Además, el recurrente ha aportado como anexo de sus alegaciones la fotocopia de una carta del Subdirector General de Seguridad del Medicamento en la que se indica que «la sustancia *sibutramina* tiene acción e indicación reconocida legalmente en España, por tanto puede formularse cumpliendo los requisitos legalmente establecidos». El alcance que el derecho de patente sobre la *sibutramina*

tiene en España es, pues, un segundo asunto sin cuyo esclarecimiento no cabe resolver fundadamente el presente caso.

6. El Tribunal considera que la aclaración de estas cuestiones básicas es imprescindible para resolver adecuadamente el asunto planteado por la denuncia, y estima que es el procedimiento contradictorio con que la Ley disciplina la instrucción de los procedimientos sancionadores el método adecuado a seguirse, sobre todo cuando la información reservada se muestra insuficiente, como ha sucedido en este caso, para apreciar que no hay indicios racionales de infracción. Por todo lo cual, el Tribunal considera que el Servicio debe continuar sus actuaciones incoando el correspondiente expediente sancionador, para esclarecer los hechos denunciados y la valoración jurídica que merezcan.

7. La incoación y subsiguiente instrucción de un expediente es lo que debe hacerse siempre que el archivo de una denuncia haya sido prematuro, como el Tribunal entiende que ha sucedido en el presente caso. Pero es que, además, el comportamiento denunciado, de resultar infractor —respecto de lo cual, como es natural, el Tribunal no está en condiciones de pronunciarse ahora—, podría guardar estrecha semejanza con un tipo de abuso particularmente preocupante al que el Tribunal de Justicia Europeo viene prestando atención desde su señera Sentencia de 1973, en el asunto *Commercial Solvents* —primera donde aplicó la doctrina de las *essential facilities* en mercados conexos—, en la que, tras examinar la negativa de un fabricante de determinados medicamentos y de una materia prima indispensable para elaborar éstos, a suministrar dicha materia prima a otro fabricante de medicamentos competidores, consideró que tal negativa de suministro constituía un abuso de posición dominante al darse, en aquel caso, las siguientes circunstancias: 1) La negativa de suministro provocaba un perjuicio en las condiciones de competencia del mercado de fabricación de medicamentos. 2) El suministro de materia prima no suponía ninguna dificultad para el fabricante. 3) No había razones que justificaran la negativa de suministro.

Se impone, pues, que el Servicio complete su investigación y, de resultas de la cual, formule el correspondiente informe-propuesta al Tribunal o, en su caso, sobresea el expediente.

Por todo lo expuesto y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, este Tribunal

RESUELVE

Primero.- Estimar el recurso interpuesto por la Asociación Española de Farmacéuticos Formulistas contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia, de 3 de diciembre de 2002, por el que se archivaba la denuncia que, el 9 de julio de 2002, había formulado la recurrente contra la entidad mercantil Abbott Laboratories S.A., por una conducta presuntamente prohibida por el art. 6 LDC consistente en haber supuestamente negado en reiteradas ocasiones el suministro a diferentes oficinas de farmacia del principio activo *sibutramina* para la elaboración de fórmulas magistrales contra la obesidad.

Segundo.- Ordenar al Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de un expediente sancionador contra Abbott Laboratories S.A. para esclarecer los hechos denunciados y formular la valoración jurídica que le merezcan.

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.