

RESOLUCIÓN (Expte. R 471/01, Cofares/Organon)

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

En Madrid, a 30 de octubre de 2001.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal), con la composición antedicha y siendo Vocal ponente el Sr. PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de recurso r 471/01, interpuesto por Cofares, Sociedad Cooperativa Farmacéutica Española (COFARES) contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia (Servicio) de archivo de la denuncia que había formulado la recurrente contra Organon Española S.A. (ORGANON) por una conducta presuntamente prohibida por el art. 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en haber supuestamente abusado de su posición de dominio en el mercado mediante una negativa injustificada de suministro.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 8 de febrero de 2001 la mayorista farmacéutica COFARES interpone recurso contra el Acuerdo del Servicio, de 16 de enero de 2001, por el que, tras practicar una información reservada, archiva la denuncia que, el 3 de julio de 2000, había presentado la recurrente contra el laboratorio ORGANON por una conducta presuntamente abusiva de su posición de dominio en el mercado, prohibida por el art. 6 LDC, consistente en haberle negado sin justificación alguna, desde julio de 1998, el suministro de la prescripción farmacéutica BOLTIN, que contiene el principio activo TIBOLONA y es supuestamente insustituible por sus efectos farmacológicos, dándose las circunstancias de que la denunciada es el

único fabricante de BOLTIN y el propietario en todo el mundo del principio activo TIBOLONA.

2. El mismo día 8 de febrero el Tribunal remite al Servicio copia del escrito de recurso y recaba del mismo el preceptivo informe así como las actuaciones seguidas, lo cual es cumplimentado el 14 de febrero de 2001.
3. El 16 de febrero de 2001 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, puedan formular alegaciones y presentar documentos. Comparecen en este trámite ambos interesados.
4. El Pleno deliberó y falló el 23 de octubre de 2001.
5. Son interesados:
 - Cofares, Sociedad Cooperativa Farmacéutica Española.
 - Organon Española S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En su Acuerdo de 16 de enero de 2001, el Servicio justifica el archivo de la denuncia porque, en su opinión, no puede aceptarse la definición del mercado de producto que hace la denunciante, que lo restringe al específico BOLTIN, cuando el principio activo que tal específico incorpora, la TIBOLONA, en una de sus finalidades terapéuticas, que es el tratamiento de las molestias asociadas a la menopausia natural o quirúrgica, en opinión del Servicio, concurre con otros medicamentos, como los estrógenos y progestágenos asociados, y, además, la TIBOLONA posee otras finalidades terapéuticas. De todo lo cual el Servicio deduce que el mercado relevante es más amplio que el propuesto por la denunciante. En la nueva consideración del mercado de producto que hace el Servicio, la estimación de éste es que incluye a diez laboratorios, con veintiún productos, y que, en el mismo, ORGANON ostenta una cuota del 32,7 %, y que sus inmediatos competidores cuentan con unas cuotas para sus productos de 18,23%, de 13,62% y 9,44%, respectivamente, superando ampliamente a ORGANON en facturación, de todo lo cual el Servicio deduce que ésta no dispone de la independencia de comportamiento que sería exigible para atribuirle una posición de dominio en el mercado. Y, no disponiendo de una posición de dominio, imposible resulta -razona el Servicio- imputarle a ORGANON una conducta abusiva de esa infundada posición.

2. COFARES, en su escrito de recurso, discute esta argumentación del Servicio del modo siguiente. En primer término, señala que el persistente desabastecimiento de que ha sido víctima por parte de ORGANON se ha practicado con el propósito de perjudicarlo. En segundo lugar, reitera que no existe otro producto en el mercado español distinto del BOLTIN que tenga exactamente su misma indicación para *molestias asociadas a la menopausia natural o quirúrgica tales como sofocos, sudoración y alteraciones de la libido o del estado de ánimo*, por lo que el BOLTIN, en sí mismo, constituye un mercado relevante único, en el cual su fabricante exclusivo ORGANON tiene una posición de dominio ya que dispone de una independencia de comportamiento suficiente para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los consumidores.
3. En su informe al escrito de recurso, el Servicio señala que, de los datos aportados por las partes, "no parece que pueda deducirse" la supuesta restricción de suministro y el desabastecimiento denunciados, y asimismo contradice los argumentos farmacológicos de COFARES, para concluir reiterándose en su anterior apreciación de que el mercado relevante de producto incluye a otros, además de BOLTIN, que en su opinión son sustitutivos de éste. En definitiva, el Servicio mantiene la opinión expresada en su Acuerdo de archivo de la denuncia.
4. COFARES, en el trámite de alegaciones a que, en cumplimiento del art. 40 LDC, el Tribunal le invita, responde reiterando sus anteriores argumentaciones.
5. ORGANON, por su parte, también reitera argumentos anteriores y confirma en todos sus extremos el, en su opinión, completamente acertado Acuerdo de archivo del Servicio. Destaca particularmente la idea de que BOLTIN sirve a sus finalidades terapéuticas en concurrencia con otros medicamentos, en un régimen de fuerte competencia para atraer hacia los productos propios las prescripciones de los médicos. Es decir, sostiene la existencia de una estructura competencial en la oferta y también hace notar que, dado el grado de concentración de la oferta en el Servicio Nacional de Salud, difícilmente el laboratorio puede dejar de lado los intereses del mismo. Insiste en que no dispone de una posición de dominio en el mercado y considera adecuado, por ello, el archivo de la denuncia.
6. En el presente expediente de recurso lo que se plantea es si el Servicio tomó la decisión de archivar la denuncia con base informativa suficiente o si debió de haber incoado expediente para dilucidar si los hechos denunciados implicaban una conducta prohibida por el art. 6 LDC como sostenía la denunciante.

Los asuntos a dilucidar eran dos, en el orden que seguidamente se expresan. Por una parte, se trataba de saber si el medicamento en cuestión (BOLDIN) tiene o no sustitutos. Por otra, si la negativa injustificada de suministro tuvo realmente lugar. El principal asunto es el primero porque, si resultase que BOLDIN es realmente sustituible para prescriptores o usuarios en términos de uso, calidad y precio, el mercado relevante de producto no sería el del específico en cuestión, como defiende la denunciante, sino otro más amplio a determinar que es lo que sostienen la denunciada y el Servicio. Mientras que en la primera hipótesis (sin sustitutos) la posición de dominio de ORGANON sería verosímil, podría no serlo en la segunda hipótesis (con sustitutos). El otro asunto que habría que ventilar es si hubo realmente una negativa injustificada de suministro, como afirma la denunciante y niega la denunciada. Pero este segundo asunto sería intrascendente si del análisis del primero resultase que ORGANON no tiene una posición de dominio en el mercado, en cuyo caso una negativa de suministro en ningún caso le haría incurrir en transgresión del art. 6 LDC.

7. Pues bien, planteadas así las cosas, el Tribunal considera, tras el examen de las actuaciones, que en éstas no aparecen elementos contrastados que permitan saber con un grado razonable de certeza si BOLDIN tiene realmente sustitutos. El denunciante dice que no los tiene y el denunciado, que sí. Y el Servicio asume como propia la posición del denunciado, a juicio del Tribunal sin fundamento bastante. Ha de advertirse que todas las consideraciones que sobre el mercado relevante hace el Servicio en su acuerdo de archivo son las que le aporta la denunciada en la información reservada y que el propio Servicio reconoce obtenidas a partir de la lectura de diversas publicaciones. Y, de nuevo en su informe al recurso, el Servicio discute las alegaciones de contenido farmacológico que éste contiene y que afectan a la definición del mercado relevante de producto, sin aportar prueba alguna y sin señalar cuáles han sido sus fuentes de conocimiento. Respecto a la negativa injustificada de suministro, el Servicio señala meramente que de las actuaciones seguidas (una información reservada) "no parece que pueda deducirse" tal negativa.
8. El Tribunal considera, pues, que el archivo de la denuncia se ha acordado prematuramente y que se impone abrir un expediente que dilucide convenientemente las cuestiones planteadas, con todos los elementos técnicos y económicos que puedan allegarse y dentro del procedimiento contradictorio que la Ley dispone al efecto. En concreto, se trata de aclarar si BOLDIN es realmente sustituible, para quien corresponda (prescriptores o usuarios), en términos de uso, calidad y precio, lo que exigirá del Servicio el análisis de sustituibilidad correspondiente, para el que deberá contar con la información técnica y económica que las autoridades

sanitarias y farmacéuticas puedan poner a su disposición previa solicitud del Servicio. Una vez definido el mercado relevante con cierto grado de certeza e investigada la presunta posición de dominio en el mismo de la denunciada, si la misma resultase confirmada, correspondería entonces al Servicio investigar el denunciado desabastecimiento, lo que resultaría innecesario si ORGANON no dispusiera de posición de dominio en el mercado relevante.

9. Contra esta Resolución no cabe recurso contencioso-administrativo porque la misma no da fin al expediente sino que, por el contrario, ordena que se reabra, y no produce indefensión porque tanto ante el Servicio, primero, como ante el Tribunal, después, los interesados podrán hacer las alegaciones que estimen oportunas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

1. Estimar el recurso interpuesto por Cofares, Sociedad Cooperativa Farmacéutica Española contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 16 de enero de 2001, de archivo de la denuncia presentada contra Organon España S.A. por conducta prohibida por el art. 6 LDC consistente en una presunta negativa injustificada de suministro desde una supuesta posición de dominio en el mercado.
2. Interesar al Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente para investigar cuanto se señala en el sexto fundamento de derecho de esta Resolución, teniendo en cuenta las indicaciones que al efecto se dan en el octavo.

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, pudiéndose interponer, en su momento, únicamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución del Tribunal que dé fin al expediente.