

RESOLUCIÓN (Expte. R 420/00, Glaxo Wellcome)

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 8 de noviembre del año 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. José Juan Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 420/00 (2023/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), incoado para resolver el recurso interpuesto por Spain Pharma, S.A., contra el Acuerdo del Servicio de fecha 24 de febrero del año 2000 por el que se sobreseían parcialmente, en lo que se refiere a las acusaciones contra Synthelabo Longa, S.A., Farmacusi, S.A., Laboratorios Novag, S.A., Pensa, Laboratorios Menarini y Novartis Consumer Health, S.A., las actuaciones derivadas de la denuncia presentada por Spain Pharma con fecha 9 de julio de 1998 contra Glaxo Wellcome, S.A., sus filiales y Laboratorios Alter, S.A., que fue archivada parcialmente por Acuerdo del Director del Servicio, con fecha 8 de febrero de 1999 y que, como consecuencia de la estimación del recurso presentado por el denunciante, dio lugar al expediente del Servicio de referencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En escrito recibido en el Servicio con fecha 9 de julio de 1998, D. Santiago Muñoz Machado, actuando como representante legal de Spain Pharma, S.A., formulaba denuncia contra Glaxo Wellcome, sus filiales y Laboratorios Alter por supuestas conductas prohibidas por los artículos 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), consistentes en la adopción y puesta en práctica, a través de distintas medidas, de una política destinada a impedir la exportación paralela de sus productos desde España a otros países comunitarios.

2. Mediante Providencia de 8 de febrero de 1999 el Servicio considera que -teniendo en cuenta que Alter no había tenido nunca relaciones comerciales con Spain Pharma en lo que se refiere a suministro de especialidades farmacéuticas para su posterior distribución y que Alter no está obligado a suministrar productos a todos los mayoristas que le realicen pedidos, dado que no tiene posición de dominio- de estos hechos no puede deducirse la existencia de indicios de restricciones a las exportaciones paralelas en las cláusulas de los contratos de licencia firmados por Glaxo y Alter.

Por ello, Acuerda:

- "1.- Proceder al Archivo 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.*
 - 2.- Por lo que se refiere al otro hecho denunciado relacionado con el establecimiento, por parte de Glaxo, de unas nuevas Condiciones Generales de Venta con dos listas de precios diferentes y la negativa de suministro a todos aquellos mayoristas que no aceptaran las citadas condiciones, de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 36 de la LDC, se acuerda la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 85 y 86 del Tratado de la Unión Europea.*
 - 3.- Dado que el contenido de los hechos objeto del expediente sancionador guardan íntima conexión con los del expediente 1789/98, incoado por providencia de fecha 22 de abril de 1998, se acuerda la acumulación al mismo al amparo de lo dispuesto en el artículo 36.5 de la LDC."*
3. El 26 de febrero de 1999 se recibió en el Tribunal un escrito de Spain Pharma por el que se interponía recurso contra el Acuerdo del Servicio de 8 de febrero de 1999 por el que se archivaba parcialmente su denuncia en lo relativo a la existencia de restricciones a la competencia en los contratos de licencia firmados por Glaxo y Alter, por considerar que la valoración de los hechos había sido deficiente. Dicho recurso se tramitó en el Tribunal como expediente r 360/99, Glaxo.
 4. Con fecha 14 de junio de 1999 el Tribunal resuelve:
 - "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."*
5. El Servicio, el 29 de junio de 1999, en cumplimiento de lo ordenado en la Resolución del Tribunal citada en el punto anterior y de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 36 de la LDC, acuerda la incoación del correspondiente expediente sancionador. Las actuaciones se entendieron con Glaxo Wellcome, S.A., sus empresas filiales, los Laboratorios Alter, Synthelabo Alonga, Farmacusi, Novag, Pensa, Menarini, Almirall-Prodesfarma y Novartis Consumer Health, así como con cualesquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con los hechos denunciados.
6. El 24 de febrero del año 2000 el Director del Servicio dicta acuerdo de sobreseimiento parcial del expediente nº 2023/99, que tuvo su origen en la denuncia formulada por Spain Pharma contra Synthelabo Alonga (hoy Sanofi Synthelabo), Farmacusi, Novag, Pensa, Menarini y Novartis Consumer Health. En dicho acuerdo, el Servicio, entre otros argumentos y después de la pertinente investigación, concluye que esos seis laboratorios no son licenciatarios de Glaxo para los productos objeto de la denuncia (Zovirax, Imigran, Ventolín, Serevent, Becotide, Becloforte, Beconase y Lamictal) por lo que, en relación con estos laboratorios, se trata de una denuncia infundada. El expediente se siguió tramitando respecto a los demás imputados y respecto a los otros aspectos objeto de investigación.
7. El 10 de marzo del año 2000 tiene entrada en el Tribunal escrito de recurso de la denunciante contra el Acuerdo de sobreseimiento parcial citado en el punto anterior. La recurrente solicita que el Tribunal dicte en su día Resolución que revoque dicho Acuerdo en cuanto al sobreseimiento parcial de referencia y se ordene su continuidad investigadora profundizando en las distintas interrogantes que la investigación iniciada suscita.

En su escrito de recurso alega básicamente, reiterándose en argumentos

anteriores, que no debe entenderse como licenciataria de Glaxo únicamente al que tiene concedida alguna licencia de cualquier principio activo cuya patente corresponda a Glaxo, sino que el licenciataria también puede ser el beneficiario de una licencia, normalmente contratada, pues, en el ámbito de las relaciones mercantiles, cualquier licencia, corresponda o no a un principio activo de los productos restringidos, puede abrir un marco de contraprestaciones colusorias para terceros. El Servicio debería investigar más, según la recurrente.

También señala que los seis laboratorios citados pagaban a Glaxo, bien directamente, o bien a través del intermediario Impex Química, un precio aparentemente desorbitado por el principio activo Aciclovir. Para la recurrente la única explicación posible era la existencia de un contrato de licencia (incluso críptico, dice) entre Glaxo y los citados laboratorios. Se pide además que el Servicio amplíe la investigación hacia otros productos como el Valaciclovir. También se señala la Ranitidina como otro principio activo para producir el Aciclovir. Niega además que Impex Química sea una empresa independiente de Glaxo. Concluye solicitando que se profundice en la investigación de los precios cobrados por el principio activo Ranitidina por Glaxo, ya sea directamente o a través de Impex Química, y se comparen dichos precios con los vigentes en el mercado internacional.

8. El 13 de marzo del año 2000 el Tribunal pone en conocimiento del Servicio el contenido del recurso y, conforme con lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, recaba su Informe y las actuaciones seguidas.
9. El día 17 de marzo de 2000 el Director del Servicio efectúa la preceptiva remisión, indicando expresamente que el recurso ha sido interpuesto en plazo y, después de realizar algunas precisiones en relación con las alegaciones expuestas en el mismo, considera que no desvirtuaban las razones que fundamentaron el Acuerdo de sobreseimiento parcial, por lo que entendía que procede desestimar el recurso.
10. El 23 de marzo de 2000 el Tribunal, mediante Providencia, designa Ponente y, conforme a lo dispuesto en el art. 48.3 LDC, acuerda poner de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que formulen las alegaciones y presenten la documentación que estimen pertinente.

En el trámite de alegaciones la recurrente insiste en los argumentos de la denuncia y del recurso y aporta algunos argumentos contestando al informe del Servicio.

Los denunciados, por su parte, alegan que, como se ha confirmado también por las investigaciones realizadas por el Servicio, no tienen establecido

contrato de licencia alguno con Glaxo respecto a ninguno de los productos a que se refiere el expediente ni tienen establecido acuerdo de clase alguna para evitar las exportaciones paralelas. Respecto a la adquisición a Impere Química, S.A. de Aciclovir (materia prima para uno de los productos que comercializan) a un precio excesivo, señalan que Aciclovir es el principio activo de uno solo de los ocho productos a que se refiere el expediente por lo que su relevancia es mínima y que Impex Química es uno de los más importantes fabricantes suministradores españoles de materias primas para la industria farmacéutica, siendo además una empresa económicamente independiente del Grupo Glaxo.

11. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su reunión plenaria del día 10 de octubre del año 2000, deliberó y adoptó la presente Resolución, encargando su redacción al Vocal Ponente.
12. Son interesados:
 - Spain Pharma, S.A.
 - Glaxo Wellcome y sus filiales (Grupo Glaxo)
 - Laboratorios Alter, S.A.
 - Synthelabo Alonga, S.A.
 - Farmacusi, S.A.
 - Laboratorios Novag, S.A.
 - Pensa
 - Laboratorios Menarini
 - Novatis Consumer Health, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Con fecha 14 de junio de 1999 el Tribunal estimó un recurso (expte. r 360/99) interpuesto también por Spain Pharma, S.A. contra el Acuerdo del Servicio de 8 de febrero de 1999 e interesó a éste la incoación de expediente sancionador para investigar las siguientes conductas denunciadas por Spain Pharma, S.A.:
 - 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.

El Servicio, en cumplimiento de lo ordenado, acordó la incoación del correspondiente expediente sancionador y las actuaciones se entendieron con Glaxo Wellcome, S.A., sus empresas filiales, los Laboratorios Alter, Synthelabo Alonga, Farmacusi, Novag, Pensa, Menarini, Almirall-Prodefarma y Novartis

Consumer Health.

El 24 de febrero de 2000, después de realizar la instrucción pertinente, el Director del Servicio acordó el sobreseimiento parcial del expediente contra Synthelabo Alonga (hoy Sanofi Synthelabo), Farmacusi, Novag, Pensa, Menarini y Novartis Consumer Health, continuándose en todo lo demás.

Es este último Acuerdo del Servicio el que es objeto de impugnación en este nuevo recurso ante el Tribunal.

2. La recurrente considera escasas las investigaciones del Servicio estimando necesario profundizar más en las relaciones de Glaxo y sus licenciarios ya que no sólo y necesariamente son licenciarios aquéllos que lo sean de los productos específicos contenidos en la denuncia y que son objeto de restricciones, sino que el licenciario es el beneficiario de una licencia, normalmente contratada, pues en el ámbito de las relaciones y los "intereses mercantiles" cualquier licencia, corresponda o no a un principio activo de los productos restringidos, puede abrir un marco de contraprestaciones o compromisos colusorios para terceros. La recurrente presume culpabilidad en los presuntos licenciarios por pagar éstos precios aparentemente desorbitados por el principio activo Aciclovir y otros como el Valaciclovir o la Ranitidina, bien directamente a Glaxo o bien a través del intermediario Impex Química.

Por otra parte, para tres de los laboratorios citados, Novartis, Menarini y Farmacusi, la recurrente y denunciante no pudo encontrar argumentación lógica para tal pago por lo que, en un ejercicio de prudencia razonable, comunicó al Servicio que, no siendo licenciarios de Glaxo, no se opondría al sobreseimiento de sus actuaciones respecto a ellos.

3. Durante la instrucción del expediente el Servicio formuló solicitudes de información a los seis laboratorios para que facilitaran el nombre y dirección de sus proveedores de Aciclovir y el precio por Kg. de producto pagado a los mismos, así como el nombre y dirección del laboratorio que fabrica su especialidad conteniendo Aciclovir (fol. 1443). También se requirió a Glaxo para que facilitara la fecha de vencimiento de todas y cada una de las patentes de Aciclovir, el precio de suministro de dicho producto a Impex Química y el nombre de otras empresas a las que suministrase el citado producto (fol. 1503). Asimismo, entre otras actuaciones, teniendo en cuenta los datos facilitados por el denunciante sobre los fabricantes o distribuidores de Aciclovir, se requirió a los mismos (Impex Química, S.A., Uquifa, Boral Química, S.A. y Almu, S.A.) para que facilitaran la fecha en la que comenzaron a fabricar o comercializar el Aciclovir así como el precio de compra y venta del citado producto, acreditándolo mediante las

correspondientes facturas (fol. 1506).

El Servicio señala, a la vista de las informaciones requeridas, que los seis laboratorios -imputados en un principio y sobreseido parcialmente el expediente después respecto a ellos- no son licenciatarios de Glaxo de los productos a que se refiere el expediente pero que, pese a ello, ha investigado también los hechos colaterales denunciados referidos a la compra del principio activo al que se hacía referencia anteriormente por si pudiera obtenerse algún dato que indicara la posible existencia de un acuerdo entre Glaxo y esos laboratorios que prohibiese las exportaciones paralelas, sin que se haya obtenido ningún resultado al respecto. También señala en el Acuerdo que, a pesar de que las últimas alegaciones a la Propuesta de Sobreseimiento tuvieron entrada fuera del plazo concedido para ello, fueron convenientemente analizadas.

No se puede sostener con fundamento que el Servicio no haya realizado una investigación apropiada. En este sentido debe declararse como también se hace en la reciente Resolución de 30 de octubre de 2000 (Expte. R 403/99, Autocares Calviá 3) que *"tratándose de la instrucción de los procedimientos sancionadores por el Servicio de Defensa de la Competencia, la actividad probatoria que se practique ha de tener como único fin el señalado por el artículo 37 de la Ley 16/1989, es decir, el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, pero no el de satisfacer las peticiones del denunciante, por lo que la finalidad de la instrucción se cumple cuando el material probatorio reunido, ya sea aportado por las partes o incorporado por el propio Servicio, permite afirmar motivadamente que los hechos investigados no son subsumibles en alguna de las conductas tipificadas como prohibidas en los artículos 1, 6 y 7 de la Ley citada. No existe en el ámbito de la actuación de los Organos de Defensa de la Competencia un derecho subjetivo del denunciante a la instrucción del procedimiento, como pretende el recurrente, sino únicamente el derecho a obtener una resolución motivada de la Administración, que puede ser de sobreseimiento cuando, como aquí sucede, el Servicio estime que los hechos denunciados no son constitutivos de infracción"*.

De acuerdo con estos postulados, debe estimarse cumplida la instrucción en el supuesto examinado, ya que existen los datos necesarios para fundar el Acuerdo del Servicio de sobreseimiento parcial.

4. Teniendo en cuenta todos los datos en que se fundó el Acuerdo del Servicio así como lo aportado por las partes en sus alegaciones ante el Tribunal, se debe dar por acertada y equitativa la decisión acordada de sobreseimiento parcial del citado expediente continuándose su tramitación en lo que se refiere al análisis de los presuntos acuerdos entre el grupo Glaxo Wellcome, S.A. y

sus licenciarios españoles Alter, Faes y Almirall Prodesfarma; 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, así como la negativa de suministro de Faes para limitar la exportación de los productos que Faes fabrica bajo licencia Glaxo.

En efecto, se ha acreditado a lo largo de la instrucción que los seis laboratorios no tienen establecido contrato de licencia alguno con Glaxo respecto de ninguno de los productos a que se refiere el expediente y la denuncia (Zovirax, Inmigran, Ventolín, Serevent, Becotide, Becloforte, Beconase y Lamictal) en la que no se hacía referencia alguna ni a productos que contenían Valaciclovir y Ranitidina como principio activo ni a las supuestas relaciones entre Impex Química y el Grupo Glaxo. Dado que lo que el Tribunal ordenó fue que se investigaran los presuntos acuerdos entre el Grupo Glaxo y sus licenciarios españoles para evitar las exportaciones paralelas es lógico que se acordara el sobreseimiento parcial antes y la desestimación del recurso ahora. Más lógico aún si se considera que la propia recurrente encontró razonable no oponerse al sobreseimiento respecto a tres de los laboratorios, cuando es lo cierto y constatado que tanto éstos como los otros tres se encuentran en idénticas posiciones y todos ellos adquieren el principio activo Aciclovir a Impex Química y a los mismos precios.

Por otra parte, Impex Química es uno de los más importantes fabricantes suministradores españoles de materias primas para la industria farmacéutica (entre ellas la más importante es el Aciclovir que, por otro lado, es el principio activo de uno solo de los ocho productos a que se refiere el expediente y su relevancia es por ello mínima) y según consta en el folio 1.500 es una empresa económicamente independiente del Grupo Glaxo. Siendo catalogada Impex Química como de reconocida solvencia técnica y capacidad de suministro, es lógico, en un sector donde la garantía de calidad de las materias primas a emplear en la fabricación de medicamentos resulta vital, que sea a ella a quien se adquiera dicho principio activo por la mayoría de los laboratorios. Si, además, el grado de concentración, densidad, granulometría y otras características de un principio activo pueden variar de un suministrador a otro, pudiendo tener una considerable repercusión en el precio, ello incide de forma notable en el procedimiento de fabricación y en definitiva en los costes. Las diferencias de precios existentes entre unos y otros fabricantes de Aciclovir pueden ser debidas, entre otras, a que mientras unos deben repercutir en sus costes los costes de Investigación y Desarrollo, otros no tienen esos gastos. No se puede concluir que el hecho de adquirir el principio activo a un precio más elevado suponga que existe un contrato de licencia oculto entre Glaxo y esos laboratorios máxime cuando el producto no se adquiere al Glaxo sino a Impex Química.

Por todo ello, el Tribunal considera correcto el Acuerdo del Servicio de sobreseimiento parcial respecto a los presuntos acuerdos entre el Grupo Glaxo y los laboratorios citados para evitar las exportaciones paralelas.

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

RESUELVE

Único: Desestimar el recurso interpuesto por Spain Pharma, S.A. contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de fecha 24 de febrero del año 2000 por el que se sobreseía parcialmente, en lo que se refiere a las acusaciones contra Synthelabo Longa, S.A., Farmacusi, S.A., Laboratorios Novag, S.A., Pensa, Laboratorios Menarini y Novartis Consumer Health, S.A., el expediente incoado en virtud de la denuncia presentada también por Spain Pharma con fecha 9 de julio de 1998.

Comuníquese la presente Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole 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 la notificación de esta Resolución.