

RESOLUCIÓN (Expte. MC 30/99, Glaxo 2)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

Madrid, 19 de julio de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal, TDC), con la composición expresada arriba y siendo Ponente el Vocal Sr. PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente MC 30/99 (nº 1789/98 del Servicio de Defensa de la Competencia: Servicio, SDC), de medidas cautelares propuestas por el SDC, a instancia de la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos (ASEPROFAR) y la empresa Spain Pharma SA (SPAIN PHARMA) en el curso del expediente sancionador que se sigue contra la empresa GLAXO WELLCOME SA (GLAXO) por presuntas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC) y el Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCE).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 6 de abril de 1998 ASEPROFAR y la Asociación de Empresarios de Cooperativas Farmacéuticas (ASECOFARMA) denunciaron ante el Servicio a la empresa GLAXO por supuestas conductas contrarias a los artículos 85 TCE y 7 LDC, en conexión con el 16.2 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD), y solicitaron la adopción de medidas cautelares. El 21 de abril de 1998 ASEPROFAR amplió la denuncia imputando a GLAXO y a la empresa COFARES, un acuerdo o práctica concertada contraria al artículo 1 LDC, añadiendo nuevas propuestas de medidas cautelares.

2. Por Providencia de 22 de abril de 1998 el Servicio acordó la incoación de expediente sancionador por prácticas prohibidas por los arts. 1 y 7 LDC y 85.1 TCE, entendiéndose las actuaciones con GLAXO y COFARES, así como con cualquier persona o entidad que pudiera aparecer vinculada con los hechos imputados.

Las conductas imputadas habían sido las siguientes:

- a) Establecer en las condiciones generales de venta dos listas de precios distintos según las especialidades farmacéuticas se destinen a la distribución en España o a la exportación (cláusula 4ª).
 - b) Negar suministros de sus productos a los distribuidores mayoristas que no acepten las condiciones generales.
 - c) Favorecer a COFARES entregándole productos en cantidad suficiente y a precio nacional, que es muy inferior al de exportación, no sólo para abastecer a los clientes propios y a los de los distribuidores que no firmen las condiciones generales, sino también para realizar exportaciones.
3. Por Acuerdo de 14 de julio de 1998, el Servicio propuso al Tribunal la adopción de la siguiente medida cautelar:

Que se ordene a GLAXO WELLCOME SA y a sus filiales que, durante seis meses, garanticen a todos los distribuidores de especialidades farmacéuticas con los que mantenían relaciones comerciales antes del envío de las nuevas Condiciones Generales de Venta, el suministro de sus pedidos, hasta un máximo de la media mensual suministrada a cada distribuidor durante los últimos 24 meses.

El Servicio, aun habiendo sido solicitada la medida a instancia de parte, estimó que no se debía imponer fianza a los solicitantes, por considerarla una medida puramente conservativa no causante de ningún daño a GLAXO.

Las medidas cautelares propuestas en los escritos de denuncia habían sido las siguientes:

PRIMERA: Que se prohíba a GLAXO WELLCOME SA y a sus empresas afiliadas supeditar la continuación del suministro a la firma de acuerdo alguno sin el previo acuerdo del TDC.

SEGUNDA: Que se envíe carta a aquellos distribuidores que hayan suscrito el compromiso informándoles de su derecho a rescindirlos sin que de ello se derive consecuencia alguna.

TERCERA: Que se obligue a GLAXO WELLCOME SA y a sus filiales a un suministro que debe ser de una cantidad mensual no inferior a la media de la cantidad mensual suministrada a cada distribuidor durante los últimos 24 meses, sin que ello se condicione a la firma de compromiso alguno.

4. El 24 de julio SPAIN PHARMA solicitó personarse en el expediente, considerando acreditado un interés directo y legítimo en el mismo y se adhirió a la propuesta de medidas cautelares formulada por el Servicio.
5. El 16 de octubre de 1998 el Tribunal dictó Resolución en el expediente de medidas cautelares incoado al efecto (MC 29/98) en la que acordó lo siguiente:
 1. Adoptar la medida cautelar consistente en suspender, durante un período de 6 meses, la aplicación de la condición 4ª 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 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 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.
 3. Imponer, en su caso, a GLAXO WELLCOME SA 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.
6. Mediante Providencia de 23 de diciembre de 1998, que terminó de comunicarse a las partes el 6 de enero de 1999, el Tribunal declaró bastante el aval al que hace referencia el punto 2 de la transcrita parte dispositiva de la

Resolución.

7. El 2 de junio de 1999 tiene entrada en el Servicio un escrito de ASEPROFAR mediante el que solicita una prórroga de las medidas cautelares concedidas por el Tribunal, así como la no imposición de aval. SPAIN PHARMA, por su parte, mediante escrito que tuvo entrada en el Servicio el 18 de junio de 1999, solicita que se propongan al Tribunal las siguientes medidas cautelares:
 - 1º Obligación del grupo Glaxo de suministrar plenamente todos y cada uno de los pedidos mensuales que SPAIN PHARMA le efectúe durante los seis meses de vigencia de la medida cautelar al único precio legal establecido.
 - 2º No se imponga esta vez a SPAIN PHARMA la constitución previa de una fianza dado que la medida que se solicita es meramente conservativa y beneficia por igual a todos los mayoristas españoles, denunciantes o no, por lo que se plantea la desigualdad entre los mismos.
 - 3º Subsidiariamente que, de imponerse una fianza instrumentada mediante aval bancario incondicional, ésta sea de carácter individual para Spain Pharma y su cuantía sea idéntica al precio total de los pedidos que Spain Pharma piensa formular al grupo Glaxo durante los seis meses de vigencia de la citada medida y que se otorgue a Spain Pharma el plazo de un mes para constituir y presentar dicho aval ante el TDC, con indicación expresa de que la medida cautelar iniciará su vigencia en el momento en que dicho aval esté presentado y aceptado por el TDC.
 - 4º Se impongan al grupo Glaxo unas multas coercitivas atendiendo al volumen de negocio y los beneficios que dicho grupo ha obtenido en 1998 y que dicha multa se imponga por cada unidad de producto no servida en un período máximo de 15 días desde la recepción del pedido.
8. El 1 de julio de 1999 tiene entrada en el TDC un escrito del Servicio notificando un Acuerdo de 29 de junio de 1999 en el que, en virtud de las facultades que se le reconocen en el art. 45.1 LDC, el SDC propone al Tribunal la adopción de las medidas cautelares que seguidamente se detallan, después de haber discutido las peticiones de ASEPROFAR y SPAIN PHARMA y de tener en cuenta que está próximo el vencimiento de las todavía vigentes, así como que, según su criterio, se siguen dando el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* que aconsejaron las primeras. Las nuevas medidas cautelares propuestas por el Servicio son las siguientes:

1. Suspender, durante un nuevo período de 6 meses, la aplicación de la condición 4ª 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. Esta medida coincide con la primera concedida por el TDC en su Resolución de 16 de octubre de 1998 y la solicitada por ASEPROFAR en su escrito de 2 de junio de 1999.
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 tuviera pactados con los distribuidores.
3. Imponer, en su caso, a GLAXO WELLCOME SA 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 incumplan las medidas adoptadas en los apartados anteriores.

El Servicio considera que, aunque las medidas han sido solicitadas nuevamente a instancia de los interesados, y el TDC, conforme le faculta el art. 45.1 LDC, podría exigir la prestación de fianza, no procede en este caso imponérsela a los solicitantes, dado el carácter, a su juicio, puramente conservativo de las medidas cautelares propuestas.

9. El 5 de julio de 1999 tiene entrada en el Tribunal un escrito de la representación de GLAXO mediante el que, habiéndosele notificado por el Servicio su propuesta de medidas cautelares, solicita que el trámite de audiencia previsto en el art. 45.3 LDC se concrete en la celebración de una Vista en la fecha que estime oportuna el Tribunal.
10. El 6 de julio de 1999 el Pleno del Tribunal dicta Providencia en la que acuerda tramitar la propuesta del Servicio mediante el expediente nº MC 30/99, se designa Ponente al Vocal Sr. Pascual y Vicente y, visto el escrito de la representación de GLAXO y el art 45.3 LDC, acuerda procedente que el trámite previsto en dicho artículo se practique oyendo a los interesados mediante Vista que se celebrará el 14 de julio de 1999, a las 9,30 horas, en la sede de este Tribunal, quedando entretanto de manifiesto el expediente en la Secretaría para instrucción de las partes interesadas.

11. El 14 de julio de 1999 se celebró la Vista, conforme a lo establecido en la Providencia citada de 6 de junio. Intervinieron en la misma la representación del Servicio, así como las representaciones designadas por cada una de las partes. El Servicio mantuvo su propuesta y los representantes de las partes hicieron las alegaciones que estimaron favorables a los intereses de sus representados.
12. El Tribunal deliberó y falló el mismo día 14 de julio de 1999.
13. Son interesados:
 - Glaxo Wellcome SA.
 - Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos.
 - Asociación de Empresarios de Cooperativas Farmacéuticas.
 - Spain Pharma SA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. GLAXO, durante la Vista, ha rechazado la propuesta de medidas cautelares del Servicio por motivos de dos clases: unos, de tipo procesal, y otros, que se refieren al fondo del asunto.

En cuanto a los motivos de índole procesal, el primero es que, según GLAXO, resulta inadmisibile la propuesta del Servicio porque la misma implica una prórroga de las antiguas medidas cautelares, contra lo prescrito en el art. 45.6 LDC según el TDC ha venido interpretando tradicionalmente dicho precepto. Esta opinión del letrado de GLAXO no puede ser compartida por este Tribunal, el cual considera que el Servicio ha analizado nuevamente las circunstancias del caso y, tras ese ejercicio, en parte alimentado por los resultados de su vigilancia sobre el cumplimiento de las primeras medidas cautelares, ha llegado a la conclusión de que persistían las circunstancias que aconsejaron la adopción de aquéllas. Y, por eso, propone unas nuevas medidas cautelares muy parecidas a las primeramente adoptadas.

2. Un segundo motivo de índole procesal alegado por GLAXO para oponerse a la propuesta del Servicio es que no cabe la adopción de medidas cautelares en el momento actual, en que el expediente principal se encuentra paralizado. Alega GLAXO que el 8 de febrero de 1999, durante el plazo de vigencia de las primeras medidas cautelares, el Servicio decidió interrumpir el procedimiento principal hasta conocer las intenciones de la Comisión Europea en relación con otras denuncias y una posible exención del art. 85.3 TCE solicitada por la

denunciada. Y que, con el procedimiento interrumpido, no es posible que el Servicio pudiera apreciar la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de las medidas cautelares que ahora propone. No comparte el Tribunal estos criterios del letrado de GLAXO: en primer lugar, porque es difícilmente sostenible que la paralización se produjera por causa imputable a la Administración cuando, más bien, trae causa de la solicitud de exención que el denunciado presenta ante la Comisión Europea, que aconseja al Servicio la prudente decisión paralizadora. Pero es que, además, el hecho de paralizar el expediente principal no impide que la vigilancia de las primeras medidas cautelares a que está obligado el Servicio arroje permanentemente luz sobre las circunstancias del caso, luz que permite al Servicio formarse un juicio sobre lo que está ocurriendo: con la vigilancia en vigor, la capacidad del Servicio para percibir y razonar sobre las circunstancias del caso se mantienen intactas, aunque el expediente principal esté paralizado.

3. Para examinar el fondo del asunto conviene hacer previamente unas consideraciones sobre el instituto de las medidas cautelares.

La función de las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico es asegurar la ejecución y efectividad de la resolución que haya de dictarse en un procedimiento. Por lo que se refiere al Derecho español de la competencia, la LDC establece las *medidas cautelares* en su art. 45 y confía su adopción al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Dicho artículo 45 contiene una sumaria disciplina de estas medidas "*tendientes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte*" explicitando algunas concretas (apartados a y b), con carácter ejemplificativo y no limitativo, aunque, en cualquier caso, con el límite de que no puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o impliquen violación de derechos fundamentales (art. 45.2).

En el mismo precepto se contemplan sus presupuestos y requisitos. Como *requisitos subjetivos* se señalan:

- a) Que se soliciten por el Servicio de Defensa de la Competencia (art. 45.1) como legitimado directo, aunque también se legitima con carácter indirecto a los interesados, que podrán instar del Servicio la petición de medidas cautelares, e incluso plantearlas ante el TDC por vía de recurso si la negativa del Servicio causa indefensión (art. 47). El art 45.b), en su párrafo 2º, habilita al TDC para poder exigir la prestación de fianza a los solicitantes y así responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

- b) Que se propongan al Tribunal de Defensa de la Competencia, único

órgano competente en vía administrativa para resolver sobre su pertinencia.

En cuanto al *requisito objetivo* exigido, éste es que las medidas cautelares resulten necesarias para asegurar la eficacia de la Resolución que en su momento se dicte o, lo que es lo mismo, que eviten que, de esperarse a la Resolución definitiva sin adoptar medida cautelar, aquélla resultare totalmente ineficaz o se viere sensiblemente disminuida en su eficacia.

Por lo que se refiere a los *requisitos formales*, éstos son: a) Sujeción al principio de celeridad, ya que el Tribunal ha de decidir en el plazo de tres días, siguiente al de la audiencia de los interesados en término de cinco días (art. 45.3). b) Limitación de su extensión en el tiempo ya que, en principio, no podrán exceder de seis meses (art. 45.6), aunque la última referencia del mismo párrafo a que cesarán en todo caso cuando se ejecute la Resolución del Tribunal, en relación con la facultad que se establece en el apartado 5 del mismo precepto, en favor del Servicio para que pueda en cualquier momento del expediente proponer su suspensión, modificación o revocación en virtud de circunstancias sobrevenidas, hace entrever el que puedan volver a adoptarse las mismas medidas atendiendo a circunstancias posteriores.

Por otra parte, la injerencia que puede producir la adopción de una medida cautelar en la esfera del sujeto pasivo impide que aquélla pueda adoptarse en base a una petición pura y simple, por lo que habrá de tenerse presente la concurrencia de los requisitos establecidos y, en todo caso, los principios informadores de la protección cautelar, unánimemente reconocidos por la doctrina, que son el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) en las medidas cautelares se sitúa en una zona intermedia entre la certeza que se establecerá en la Resolución final y la incertidumbre inicial de cualquier procedimiento, de tal forma que para su adopción baste una apariencia fundada en la verdad del derecho alegado, lo que, no obstante, exigirá la determinación de la situación jurídica cautelable y el grado de demostración necesario y suficiente. La situación jurídica cautelable se corresponderá aquí con el logro del objetivo específico de la Ley de Defensa de la Competencia, de "*garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público ...*" (Exposición de Motivos de la LDC), evitando acuerdos y prácticas contrarias a la competencia en el mercado, tal como éstas se tipifican en la legislación aplicable. En cuanto al "*grado de demostración necesario y suficiente*" para la procedencia de las medidas, debe resolverse en términos de verosimilitud, referida aquí al acto concurrencial contrario a la libre competencia.

Por lo que se refiere al peligro en la demora (*periculum in mora*), éste vendrá

configurado por sus dos elementos: el peligro de infructuosidad y el peligro de tardanza. La especificación de medidas que con carácter preferente señalan los apartados a) y b) del repetido art. 45 LDC, aunque no limitativas, según quedó antes precisado, ponen de relieve la preocupación del legislador por la protección no sólo del interés público en el ejercicio de la competencia, sino también el de intereses privados, en tanto en cuanto estos resulten afectados. Así, el art. 45.b) concreta como medida cautelar la exigencia de fianza para responder de la indemnización de daños y perjuicios que se pudieran causar.

4. El Tribunal de Defensa de la Competencia, según doctrina ya consolidada, considera, así, que, para que proceda la adopción de medidas cautelares, deberán concurrir los siguientes requisitos: a) que se haya incoado el correspondiente expediente sancionador por el SDC (*principio de accesoriadad* respecto del expediente principal); b) que exista una solicitud del Servicio, de oficio o a instancia de parte; c) que se dé audiencia a los interesados (*principio de contradicción*); d) que se aprecie apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); e) que exista peligro de que pierda eficacia la Resolución final si no se adopta la medida (*periculum in mora*); f) que se adopten en un plazo muy breve y con simplificación de trámites (procedimiento sumario y de urgencia); g) que las medidas que se adopten no ocasionen perjuicios irreparables a las partes ni se violen derechos fundamentales y que, además, exista la posibilidad de solicitar fianza a la parte solicitante de las mismas; y h) que el tiempo por el que se concedan las medidas cautelares no exceda de seis meses. (V. p. ej. *Resols. MC 14/96, 16-XII-96; MC 11/96, 29-VII-96; MC 10/96, 18-VII-96*).
5. Es con el telón de fondo de estas consideraciones que van a ser discutidas las alegaciones de GLAXO sobre el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Dice el letrado de GLAXO que hay que tomar en consideración que no concurre ahora el requisito del *fumus boni iuris* porque, con posterioridad a la adopción de las antiguas medidas cautelares por el Tribunal, se han producido las siguientes tres nuevas circunstancias:

1ª) El reconocimiento por parte del Servicio de que es necesaria la coordinación con la DG IV de la Comisión Europea para continuar la tramitación del expediente, lo que implica la admisión por parte del Servicio de que ha dejado de haber apariencia de buen derecho al reconocer que se trata de una cuestión incierta y pendiente de resolver. Opina, así, el letrado de GLAXO que considerar que existe *fumus boni iuris* sobre la base de decisiones pasadas de la Comisión supondría una contradicción con la necesidad que ha manifestado el SDC de conocer cuáles son las intenciones de la Comisión acerca de la notificación de las condiciones generales de venta de GLAXO. Y recuerda el letrado que el Servicio no estaba obligado a solicitar

el dictamen provisional de la Comisión, citando en su apoyo el punto 58 de la Comunicación 97/C 313/03 relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales de los Estados miembros en el ámbito de la competencia para la tramitación de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado. Y, concluye la representación letrada de GLAXO, si el Servicio ha decidido solicitar la cooperación con la DG IV es porque, en el momento actual, considera que las condiciones generales de venta de GLAXO podrían ser objeto de la exención individual solicitada por esta parte a la Comisión.

2ª) El 30 de octubre de 1998 la DG IV envió una extensa solicitud de información a GLAXO, que esta parte aportó al presente expediente. Esta solicitud de información se formuló tras la invitación de la DG IV a Glaxo Wellcome a tener "un intercambio informal de opiniones y de información" (carta de 10.9.98 de la DG IV a GLAXO) y pone de manifiesto que puede haberse producido un sustancial cambio del juicio provisional que la Comisión había emitido anteriormente, porque, deduce el letrado, si la Comisión estimara realmente que las condiciones de venta notificadas no pueden ser autorizadas, carecía de sentido que la DG IV solicitara a GLAXO información alguna con respecto al valor y volumen del comercio paralelo de los productos de GLAXO desde España al resto de Estados miembros y desde todos los Estados miembros hacia el Reino Unido, las revisiones de los precios fijados para estos productos por las autoridades sanitarias españolas, los precios de estos productos en su fecha de primera comercialización en España y en el Reino Unido, o acerca de si estos productos se encuentran protegidos por derechos de propiedad industrial en España y el Reino Unido. GLAXO puso en conocimiento del SDC esta circunstancia el pasado 14.1.99. Tres semanas después (8.2.99), el SDC decidió interrumpir el plazo de instrucción del presente expediente y solicitar la cooperación con la DG IV.

3ª) El 22 de enero de 1999, la DG IV envió una nueva solicitud de información a GLAXO, en la que le solicitaba más datos relativos, entre otras cuestiones, al valor y el volumen de las importaciones paralelas procedentes de España y otros países de la Comunidad a los demás Estados miembros entre el 1 de enero de 1996 y el 31 de diciembre de 1998, y carecía de sentido que la DG IV solicitara este tipo de información a GLAXO si estimara realmente que las condiciones de venta de esta compañía no pueden ser autorizadas.

Finalmente, GLAXO rechaza que puede apreciarse un *fumus boni iuris* de Derecho nacional. En primer lugar, porque, como ya ha sostenido en la tramitación del expediente principal, las condiciones generales de venta de GLAXO, de tener alguna incidencia, sería estrictamente comunitaria, no nacional. Y, en segundo lugar, porque la apreciación de una supuesta

infracción del Derecho nacional de la competencia se encuentra íntimamente vinculada a la decisión que la DG IV adopte acerca de la compatibilidad con el artículo 85 de las condiciones de venta de GLAXO.

Este Tribunal quiere dejar constancia de que no comparte las conclusiones que GLAXO saca de las circunstancias descritas y rechaza su consideración final.

Respecto de la primera circunstancia, porque no resulta en absoluto evidente que la prudente decisión del Servicio de "coordinar con la DG IV" implique admitir que ha dejado de haber apariencia de buen derecho y suponga "reconocer que se trata de una cuestión incierta y pendiente de resolver". Claro que se trata de una cuestión incierta y pendiente de resolver, por eso se está en un expediente de medidas cautelares. Ya se dijo antes (FD 3) que el *fumus boni iuris* en las medidas cautelares se sitúa en una zona intermedia entre la certeza que se establecerá en la Resolución final y la incertidumbre inicial de cualquier procedimiento, de tal forma que para su adopción ha de bastar una apariencia fundada en la verdad del derecho alegado.

En relación con las circunstancias segunda y tercera, esgrimidas por el letrado de GLAXO, el Tribunal estima que de la petición de información a GLAXO por parte de la Comisión no cabe obtener las interesadas conclusiones que, para la conveniencia de su representada, saca el letrado representante de la denunciada. De la información solicitada por la Comisión se deduce claramente que ésta quiere hacerse una idea del tamaño de ciertas corrientes de comercio paralelo de medicamentos en Europa y también cabe pensar, aunque es más aventurado, que la Comisión esté reflexionando sobre si los principios que deben inspirar el comercio paralelo, han de predicarse igual de los productos cuyos precios se fijan libremente que de los productos cuyos precios son fijados administrativamente por las diferentes autoridades nacionales. Pero, en las conjeturas, no cabe pasar de ahí.

Por lo que se refiere a la conclusión que GLAXO saca al poner en relación el *fumus boni iuris* del Derecho español y del Derecho europeo, aunque el Tribunal pudiera compartirla parcialmente, eso no alteraría la general apariencia de buen derecho que el Servicio estima se sigue dando y que el Tribunal comparte, aunque quiere llamar la atención sobre que no es un asunto cerrado el que está en el fondo del expediente principal, como es normal en un expediente de medidas cautelares. Y porque no es un asunto aún resuelto, aunque admite que la confrontación de la práctica denunciada con la literalidad de la norma da lugar a una apariencia de transgresión (expresión del necesario *fumus boni iuris* para dictar medidas cautelares), como no tiene aún certeza de cuál será su pronunciamiento definitivo, al admitir que, si hay discordancia entre la apariencia de hoy y la realidad que se declare en la Resolución del expediente principal, podría causarse un daño

injusto para uno y un enriquecimiento ilegítimo para otros, es por lo que, ya en las primeras medidas cautelares que este Tribunal acordó, impuso una fianza solidaria a los solicitantes.

6. GLAXO en la Vista procuró desvirtuar la pretensión del Servicio sobre la vigencia del *periculum in mora* mediante las siguientes dos alegaciones:

1ª) Después de la adopción por el Tribunal de las primeras medidas cautelares se ha producido una nueva circunstancia que pone de manifiesto la ausencia de *periculum in mora*. Esta circunstancia es la enorme tardanza en el depósito por los mayoristas de la fianza que fijó en su Resolución el Tribunal. Si había tanto peligro, ¿por qué la tardanza?

2ª) La Comisión Europea no ha adoptado ninguna medida cautelar contra GLAXO durante los 16 meses que han transcurrido desde la notificación de los acuerdos. De haber apreciado un auténtico *periculum in mora*, la Comisión podría haber invitado a Glaxo Wellcome a abandonar el presente sistema mediante una simple retirada de inmunidad de multas.

El Tribunal, apreciando el ingenio que reflejan sendas alegaciones, no puede compartir las conclusiones que se pretenden sacar de las mismas. Ninguno de los hechos que se relatan en las mismas son prueba, ni siquiera de indicios, de que ha dejado de haber *periculum in mora*. El Tribunal comparte las afirmaciones del Servicio al respecto.

Sobre el *periculum in mora*, la representación legal de GLAXO hizo una consideración final: debe tenerse presente, dijo, que en el único asunto en el que, en la Unión Europea, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado con carácter cautelar acerca de una supuesta restricción al comercio paralelo de medicamentos de precio intervenidos administrativamente (Auto del Presidente del TPI de 3.6.96, As. F41/96R), se consideró que merecía una mayor protección cautelar el interés del laboratorio productor de no sufrir el injustificado comercio paralelo de sus especialidades desde España y Francia al Reino Unido que el interés de los mayoristas exportadores en mantener sus exportaciones. El Tribunal a este propósito debe decir que el paralelismo entre el presente caso y el citado es discutible, y reiterar que la protección cautelar del laboratorio, ya en las primeras medidas cautelares acordadas, la garantizó el Tribunal mediante la imposición de una fianza solidaria a los mayoristas denunciados.

7. Sobre si procede o no acordar fianza, el Servicio considera que no procede, aunque las medidas han sido solicitadas nuevamente a instancia de los interesados y, por tanto, el Tribunal, de conformidad con el artículo 45.1 LDC, podría exigir la prestación de la misma. Su argumentación es que las medidas

propuestas tienen carácter puramente conservativo, al limitarse a restablecer la situación previa a la aparición de las Condiciones Generales de Venta de GLAXO de Marzo de 1998 y, por consiguiente, no parece probable que puedan causar ningún daño a GLAXO.

ASECOFARMA y ASEPROFAR, por su parte, se manifestaron en la Vista también en contra de la imposición de fianza, alegando que la imposición de un aval como garantía de la suspensión de una conducta aparentemente ilícita, cuando está al tiempo afirmando que existe apariencia de buen derecho, resulta incongruente, o cuando menos un gesto de extraordinaria severidad por parte del Tribunal. Además, la imposición de garantía supone que los mayoristas tienen que soportar una carga financiera extraordinaria por llevar a cabo una actividad admitida y desarrollada hasta ese momento. Finalmente, añadió el letrado representante de ASECOFARMA y ASEPROFAR, se impuso a los denunciados una garantía solidaria, a ser prestada por las dos Asociaciones denunciadas y una empresa que se personó con posterioridad en el procedimiento de medidas cautelares. Con ello, se despreció la dificultad para que Asociaciones sin recursos económicos propios presten un aval en favor de sus asociados y se desconoció el añadido escollo de coordinar a los miembros de ambas Asociaciones entre sí y a éstos con una empresa tercera. Además, cada empresa asociada lleva a cabo su propia política comercial y los resultados de cada una de ellas guarda poca relación con las demás, por lo que el aval que prestasen no sólo respondería por las acciones comerciales de los demás asociados, sino por las de cualquier operador en el mercado que llevase a cabo exportaciones.

GLAXO, que reclama la no imposición de unas nuevas medidas cautelares, subsidiariamente invoca la necesidad del mantenimiento de la fianza. Recuerda en sus alegaciones que la fianza exigida por el Tribunal a los mayoristas en su Resolución de 16 de octubre de 1998 fue calculada objetivamente tomando en consideración los daños que GLAXO podía sufrir durante los seis meses en que las antiguas medidas cautelares estuvieron en vigor. Y añade que ninguna modificación se ha producido en las circunstancias que el Tribunal tomó en cuenta en su Resolución anterior para exigir la prestación de fianza. Concluye GLAXO manifestando que, de este modo, el daño que sufriría ella en caso de que fuera adoptada la medida cautelar propuesta, sería similar al ya sufrido durante los pasados seis meses, razón por la cual debe imponerse una nueva fianza de cuantía al menos igual a la fijada en la adopción de las antiguas medidas cautelares.

El Tribunal, en su Resolución de medidas cautelares de 16 de octubre de 1998, cuando consideraba la procedencia de imponer fianza, razonaba en estos términos:

Para adoptar esta decisión el Tribunal debe tener en cuenta la posibilidad razonable de que la medida adoptada pueda causar un daño y una valoración ponderada de los intereses en conflicto.

La suspensión cautelar de la cláusula 4 de las condiciones generales puede producir un perjuicio a GLAXO, si finalmente no se apreciara una conducta contraria al derecho de la competencia, pues habría tenido que suministrar parte de sus productos a los distribuidores mayoristas a un precio más bajo que el que resultaría de la aplicación de la condición 4B. Existe, por tanto, una posibilidad razonable de que pueda producirse un perjuicio.

No obstante, al ponderar los intereses en conflicto, el posible perjuicio para GLAXO, de obtener una Resolución definitiva favorable, debe ceder ante la adopción de la medida cautelar consistente en suspender la aplicación de las condiciones generales de venta por un doble orden de razones.

En primer lugar, porque, como se ha señalado, su conducta, al menos indiciariamente, es contraria a las normas nacionales y comunitarias de defensa de la competencia, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse en favor de la adopción de la medida cautelar. En segundo lugar y en íntima conexión con este argumento, porque la cuantificación de los perjuicios que suponen para los distribuidores mayoristas la puesta en práctica de las nuevas condiciones generales de venta puede resultar imposible, mientras que los hipotéticos perjuicios que resultarían para GLAXO, comparativamente, son susceptibles de ser estimados.

Sin embargo, esta ponderación netamente favorable a la adopción de la medida cautelar no impide que los posibles perjuicios a GLAXO deban ser afianzados, máxime si se pretende que la adopción de la medida cautelar pueda ser ejecutiva con carácter inmediato.

Para la fijación de la fianza el Tribunal ha tenido en cuenta que las cifras globales de exportaciones aportadas al expediente coinciden sustancialmente.

Partiendo de su importe global en los doce meses anteriores a la puesta en práctica de las nuevas condiciones generales de venta, la estimación indiciaria de los perjuicios de GLAXO debe realizarse por la diferencia que resultaría de restar al valor derivado de la aplicación del precio de la cláusula 4 B (precio para los productos que no se destinen al mercado nacional), el valor que suponga la aplicación de la cláusula 4 A (precio fijado por la Administración, para los productos destinados al mercado nacional), ya que éste será percibido por GLAXO aunque se aplique la medida cautelar.

GLAXO estima esta cifra en 1.683.687.000 pts.. Contrastando los datos

aportados al expediente resulta que GLAXO considera que se exportan algunas especialidades farmacéuticas que no tienen correspondencia, en ninguna forma de presentación, con los aportados por los operadores que exportan. Esta discordancia permite reducir el posible perjuicio en una cuantía que oscile en torno a los 80 millones de pts., con lo que resultaría un perjuicio del orden de 1.600 millones de pts. en un año. Sin embargo, deben tenerse en cuenta dos circunstancias adicionales. Por una parte, que el período de protección cautelar previsto en la LDC es de 6 meses, con lo que el perjuicio estimable debe reducirse a la mitad. Por otra, que los datos de exportaciones obtenidos lo han sido respecto de un período que no se corresponde con el inicio de la actividad exportadora, sino en el que dicha actividad ha alcanzado un cierto nivel de desarrollo. En este sentido, la aprobación de la medida cautelar permitirá a los distribuidores mayoristas volver a realizar exportaciones pero partiendo de niveles muy inferiores a los del período de 12 meses respecto del que se han aportado datos, circunstancia que aconseja limitar el posible perjuicio.

Atendiendo al conjunto de razones expuestas, el Tribunal considera proporcionado fijar una fianza de 600 millones de pts. La fijación de la fianza se acuerda con carácter solidario, pudiendo prestarse mediante aval bancario incondicional y a primer requerimiento, intervenido por fedatario público o ratificado por sus otorgantes.

En las actuales circunstancias, las anteriores consideraciones del Tribunal siguen vigentes y dan respuesta a las posiciones contrarias al establecimiento de fianza que han mantenido tanto el Servicio como los interesados que así se han manifestado. El Tribunal considera, pues, que procede imponer una nueva fianza en las medidas cautelares que ahora se acuerden por el Tribunal, del mismo importe y características que la que se impuso con ocasión de las primeras medidas cautelares dictadas mediante Resolución de 16 de octubre de 1998.

8. En conclusión, el Tribunal estima que se dan todos los requisitos necesarios para acordar unas nuevas medidas cautelares en el expediente sancionador que se sigue contra GLAXO, y que procede acordarlas equivalentes a las que se dictaron mediante Resolución de este Tribunal de 16 de octubre de 1998.

Asimismo, el Tribunal considera que conviene aprovechar la experiencia obtenida por el Servicio en la vigilancia de las primeramente acordadas y dictar las segundas en términos acordes con esa experiencia.

Y, finalmente, es criterio del Tribunal que procede imponer una fianza a los interesados en las mismas de semejante tenor que la que rige para las primeras.

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

HA RESUELTO

Primero: Adoptar las siguientes medidas cautelares:

1ª .- Suspender, durante un nuevo período de seis meses, la aplicación de la condición 4ª 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.

2ª .- 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.

Segundo: 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.

Tercero: Establecer que las medidas cautelares entrarán en vigor el día siguiente al de la comunicación a las empresas afectadas de que la fianza solidaria impuesta ha sido declarada bastante por el Tribunal.

Cuarto: 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.

Quinto: Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia una especial vigilancia del cumplimiento de la presente Resolución.

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 desde el día siguiente al de su notificación.