

## **RESOLUCIÓN (Expte. MC 29/98, Glaxo)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente  
Bermejo Zofío, Vocal  
Alonso Soto, Vocal  
Hernández Delgado, Vocal  
Rubí Navarrete, Vocal  
Castañeda Boniche, Vocal  
Pascual y Vicente, Vocal

Madrid, 16 de octubre de 1998

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Rubí Navarrete, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente MC 29/98 (nº 1789/98 del Servicio de Defensa de la Competencia: el Servicio, SDC), de medidas cautelares propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia, a instancia de la Asociación de Exportadores Españoles de Productos Farmacéuticos (ASEPROFAR) y de la Asociación de Empresarios de Cooperativas Farmacéuticas (ASECOFARMA) en el curso del expediente sancionador que se sigue contra la empresa GLAXO WELLCOME S.A. (GLAXO) por presuntas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los artículos 1 y 7 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC) y 85.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCE).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 6 de marzo de 1998, el Departamento Comercial de GLAXO envió a los distribuidores mayoristas las condiciones generales de venta de las especialidades farmacéuticas comercializadas por dicho Grupo empresarial haciéndoles saber que entrarían en vigor el 9 del mismo mes.

Las citadas condiciones generales, que tienen por objeto fijar el marco contractual en el que se desarrolla la venta de especialidades farmacéuticas a los almacenes mayoristas distribuidores de medicamentos, incluyen una condición 4ª en la que se establecen dos listas de precios según el destino de los productos.

La condición 4<sup>a</sup> A, aplicable a las especialidades farmacéuticas financiadas con cargo a fondos de la Seguridad Social española o fondos estatales afectos a la sanidad y comercializados con carácter nacional a través de oficinas de farmacia u hospitales españoles, establece que el precio no superará al precio industrial máximo que fijen las autoridades sanitarias españolas.

La condición 4<sup>a</sup> B, aplicable a las especialidades en que no concurren las circunstancias antes citadas, prevé que el precio será fijado por GLAXO de acuerdo con criterios económicos reales, objetivos, no discriminatorios y siempre con total independencia del destino que dé a las mismas el almacén adquirente. En particular GLAXO aplicará a sus especialidades farmacéuticas el precio que, sobre la base de estudios económicos internos, haya propuesto inicialmente a las autoridades sanitarias españolas, objetivamente actualizado tomando en cuenta el incremento del coste de la vida.

Los precios de la lista 4 B son hasta 25,4 veces superiores a los de la 4 A, siendo mayores en aquellos productos cuya autorización por el Ministerio es anterior.

La carta con la que se adjuntaban las condiciones generales resaltaba que se respetaban en su totalidad los descuentos y días de pago vigentes para la comercialización de productos con el precio establecido en la condición 4<sup>a</sup> A y solicitaba la devolución firmada de las condiciones generales, que debía estar en poder de GLAXO antes del 13 de marzo.

Posteriormente, el día 2 de julio, GLAXO comunicó al Servicio que había rebajado los precios de venta de algunas de las especialidades farmacéuticas resultantes de la aplicación de la condición 4<sup>a</sup> B notificándolo a la Comisión Europea y a los distribuidores mayoristas tanto si habían firmado las condiciones generales de venta, como si no lo habían hecho. Los nuevos precios no constituyen un abandono del criterio reflejado en la condición 4<sup>a</sup> B sino una concreción del mismo. Para el nuevo cálculo de precios se parte de los solicitados inicialmente por GLAXO a la Administración española adaptándolos a la realidad económica tomando, entre otros criterios, los índices de inflación existente en España durante el período en el que la patente correspondiente a cada especialidad estuvo en vigor. Estos precios entraron en vigor el 29 de junio.

Los nuevos precios derivados de la condición 4 B reducen el correspondiente a 40 especialidades farmacéuticas, pasando la proporción media entre los precios 4 B y 4 A de 3,83 a 2,59, y la diferencia

máxima del precio 4 B, a 13,09 veces el precio 4 A.

El 6 de marzo GLAXO notificó las nuevas condiciones generales de venta a la Comisión Europea solicitando una declaración negativa de inaplicación a las mismas del artículo 85.1 TCE o, subsidiariamente, una exención del artículo 85.3 del mismo Tratado, notificación de la que se informó expresamente a los distribuidores mayoristas al remitirles las citadas condiciones generales.

2. Ante las denuncias o consultas realizadas ante las autoridades sanitarias sobre el desabastecimiento de productos GLAXO en algunas farmacias, la citada empresa se puso a disposición del Ministerio de Sanidad y Consumo (el Ministerio) para aclarar la situación y envió el 1 de abril a cada una de las 18.000 oficinas de farmacia españolas una carta por la que se pone a su disposición para suministrarlas directamente en caso de que se produzca algún desabastecimiento.
3. A partir del día 13 de marzo GLAXO dejó de suministrar sus productos a los distribuidores mayoristas que no firmaron las condiciones generales de venta. El 6 de abril el Ministerio recuerda a GLAXO por carta la obligatoriedad del suministro y la de abastecimiento de existencias mínimas por parte de los almacenes mayoristas. GLAXO contesta afirmando su voluntad de garantizar el abastecimiento para lo cual había remitido la carta antes referida a las farmacias españolas, reiterando su opinión favorable a la compatibilidad del nuevo sistema con la legislación vigente y ofreciéndose a suministrar a los distribuidores que no firmaran las condiciones generales existencias mínimas para casos de urgencia. El 15 de abril, afirmando seguir instrucciones del Ministerio, envió una comunicación en tal sentido.

Los pedidos para "casos de urgencia" se refieren a cantidades en general sustancialmente inferiores a los de los pedidos previos a la entrada en vigor de las nuevas condiciones generales y GLAXO está suministrando sólo una proporción reducida de lo solicitado.

4. El 5 de mayo el Subsecretario del Ministerio de Sanidad y Consumo remitió a GLAXO y a diversos operadores una carta expresando el criterio del Servicio Jurídico en el Departamento a una consulta formulada, en la que se concluye "que el apartado 4º de las Condiciones Generales de suministro de medicamentos presentadas por GLAXO WELLCOME S.A. a ese distribuidor infringe la normativa en materia de precios. Ya que el suministro que realiza el laboratorio a un almacén mayorista, y dado que éste se efectúa en el territorio nacional, debe ser regido por las normas establecidas en materia de intervención de precios, sin que el laboratorio

pueda incumplirlas alegando que las especialidades intervenidas son destinadas a la exportación". No obstante, la Subsecretaría significa que el citado criterio se somete a cualquier otro mejor fundado en derecho que pudieran formular otros órganos administrativos competentes en la materia.

5. A 18 de mayo de 1998, 75 distribuidores habían suscrito las nuevas Condiciones Generales de Venta de GLAXO WELLCOME S.A. Estos representan un 83,14% de los almacenes a los que se remitieron y una cuota del 92,48% del mercado de la distribución de especialidades farmacéuticas en España. Sólo 14 almacenes no habían firmado dichas condiciones.
6. El 6 de abril de 1998 las representaciones de ASEPROFAR y ASECOFARMA formularon ante el Servicio denuncia contra GLAXO por supuestas conductas contrarias a los arts. 85 TCE y 7 LDC en conexión con el art. 16.2 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD), y solicitaron la adopción de medidas cautelares.

El 21 de abril ASEPROFAR amplió la denuncia imputando a GLAXO y a COFARES un acuerdo o práctica concertada contraria al art. 1 LDC, añadiendo nuevas solicitudes de medidas cautelares.

Las conductas imputadas son las siguientes:

- 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.
- Negar suministros de sus productos a los distribuidores mayoristas que no las firmen.
- Otorgar un trato de favor a COFARES entregándole productos en cantidad suficiente y a precio nacional no sólo para abastecer a los clientes propios y a los de los distribuidores que no firmen las condiciones generales, sino para realizar exportaciones paralelas que le reporten un beneficio sustancial, a fin de contar con el apoyo de un gran distribuidor mayorista para garantizar el éxito de las citadas condiciones.

Las medidas cautelares solicitadas en el escrito inicial de denuncia y en su posterior ampliación son:

*"PRIMERA: Que se prohíba a GLAXO WELLCOME S.A. 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 rescindirlo sin que de ello se derive consecuencia alguna.*

*TERCERA: Que se obligue a GLAXO WELLCOME S.A. 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".*

7. El Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, por Providencia de 22 de abril de 1998, 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 pudieran aparecer vinculadas con los hechos imputados.
8. El 15 de abril la D.G. IV de la Comisión Europea solicitó formalmente información a GLAXO en relación con su notificación de las nuevas condiciones generales de venta, de conformidad con el art. 11 del Reglamento nº 17 del Consejo.
9. El Servicio, ante la existencia de un expediente sancionador incoado en España y de una notificación por parte de GLAXO a la D.G. IV de la Comisión Europea informó a esta última, mediante carta de 12 de junio, de la situación del expediente seguido en España y de su intención de proponer al TDC medidas cautelares, si no recibía observaciones en otro sentido.

El 3 de julio el Servicio recibió contestación en la que se indicaba que la D.G. IV tomaba nota de sus intenciones y que no tenía observaciones que formular al respecto.

10. Por Acuerdo de 14 de julio de 1998 el Servicio, tras descartar la adopción de las dos primeras medidas cautelares solicitadas por entender que deben ser objeto de la resolución sobre el fondo del asunto, propuso al Tribunal la adopción de una medida cautelar consistente en "que se ordene a GLAXO WELLCOME S.A. 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 habiéndose solicitado la medida a instancia de parte, estimó que no se debía imponer fianza a los solicitantes, por ser una medida puramente conservativa que no causa a GLAXO ningún daño".

Entiende el Servicio que, además de los requisitos formales exigidos por el art. 45 LDC, concurren los relativos a la "apariencia de buen derecho" y al "peligro en la demora": *"En primer lugar, se da la "apariencia de buen derecho" ya que la información que obra en el expediente contiene indicios de que la actuación de GLAXO WELLCOME S.A. puede infringir la citada normativa de competencia. Al margen de la afectación del comercio intracomunitario y, por tanto, de la aplicación del art. 85.1 del TCE, cabe apreciar el fumus boni iuris en relación con la normativa española de competencia. En concreto, esta conducta infringiría los arts. 1.1.b y d de la LDC por tratarse de un acuerdo, con objeto y efecto restrictivo sobre la competencia en el mercado nacional de distribución de especialidades farmacéuticas, que limita la distribución e implica la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. Además, hay indicios de infracción del art. 7 de la LDC en relación con el art. 16 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD), que prohíbe el abuso de la dependencia de los distribuidores.*

*En segundo lugar, la conducta de GLAXO WELLCOME S.A. está causando un grave perjuicio a las compañías distribuidoras de medicamentos en España que no han suscrito las citadas condiciones generales de venta, ya que no disponen de cantidades suficientes de sus productos y los de sus filiales para responder a los pedidos de las farmacias. Igualmente, está causando una alteración de las condiciones de competencia en el mercado de la distribución al por mayor de especialidades farmacéuticas que puede ser irreversible, ya que, dada la obligación de garantizar la continuidad en el suministro por parte de las farmacias, la cuota de mercado de los distribuidores que no han suscrito las condiciones generales se está reduciendo, en beneficio de aquellas compañías que sí disponen de productos GLAXO WELLCOME. Concurre en este asunto, pues, el requisito de la existencia de periculum in mora, ya que puede peligrar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte, teniendo en cuenta los dilatados plazos para que una resolución del TDC declarando la existencia de infracción de la LDC devenga firme.*

*En tercer lugar, la medida propuesta es de tipo conservativo y mutable, no ocasiona perjuicios irreparables a las partes ni viola derechos fundamentales y cumple asimismo el principio de accesoriadad".*

Junto a la propuesta de medidas cautelares el Servicio el 22 de julio remitió al Tribunal la documentación relativa al expediente.

11. El 24 de julio SPAIN PHARMA S.A. 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.
12. Por Providencia de 27 de julio el Tribunal acordó la celebración de vista a los efectos del art. 45.3 LDC, la cual tuvo lugar el 9 de septiembre.
13. El 15 de septiembre SPAIN PHARMA S.A. remitió al Tribunal una carta de advertencia enviada por la D.G. IV de la Comisión Europea a GLAXO, relativa al acuerdo notificado por esta última. Su tenor literal es el siguiente:

"Tras un examen preliminar del acuerdo notificado, me dirijo a usted para comunicarle la valoración provisional de la Dirección General de Competencia.

La Dirección General de Competencia considera que el acuerdo notificado parece contener o dar lugar a restricciones de la competencia incompatibles con el Artículo 85.1 y no susceptibles de acogerse a una exención con arreglo al Artículo 85.3.

Llamo su atención en particular sobre las cuestiones referidas en el anexo adjunto. Podría resultar necesario tratar sobre otros puntos con ustedes ulteriormente.

La presente es una carta de advertencia destinada a informarles a ustedes y a sus asesores acerca de la valoración provisional de la Dirección General de Competencia sobre el acuerdo notificado. Su propósito es proporcionarles dicha información en una etapa inicial del procedimiento administrativo, para facilitar un intercambio informal de opiniones y de información y, si procediere, una solución. En este sentido, le invito a responder en un plazo de cuatro semanas tras la recepción de esta carta. Si en un momento posterior la Comisión decidiera en relación con el presente asunto iniciar el procedimiento previsto en el Reglamento nº 17, se elaborará un pliego de cargos de conformidad con las disposiciones del artículo 15.6 o del artículo 3 de dicho Reglamento estableciendo la valoración de la Comisión sobre el asunto y se seguirán los procedimientos establecidos."

14. Por Providencia de 17 de septiembre el Tribunal acordó, para mejor

proveer y, de acuerdo con el art. 42 LDC, solicitar información adicional sobre el volumen de exportaciones de especialidades farmacéuticas de GLAXO realizadas por mayoristas que las venían adquiriendo al precio fijado por la Administración española, antes de la puesta en práctica de las nuevas condiciones generales de venta.

Asimismo, dió traslado del escrito presentado por SPAIN PHARMA S.A. a las partes para que alegaran lo que conviniera a su derecho. Mediante escritos de 25 y 28 de septiembre fue cumplimentada la diligencia para mejor proveer y remitidas las alegaciones.

Solicitada la confidencialidad de algunos de los datos aportados, aquélla fue acordada por Providencia de 1 de octubre.

15. Son interesados:

- GLAXO WELLCOME S.A.
- ASOCIACION DE EXPORTADORES DE PRODUCTOS FARMACEUTICOS.
- ASOCIACION DE EMPRESARIOS DE COOPERATIVAS FARMACEUTICAS.
- SPAIN PHARMA S.A.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. GLAXO ha alegado, como cuestión previa al pronunciamiento sobre el fondo, la competencia exclusiva de la Comisión Europea para la aplicación del artículo 85 TCE a las condiciones generales de venta.

La cuestión debe ser analizada a la luz de lo previsto en el artículo 88 TCE y el artículo 9.3 del Reglamento nº 1/627, del Consejo, que literalmente dispone que "*Mientras la Comisión no inicie procedimiento alguno en aplicación de los artículos 2, 3 o 6, las autoridades de los Estados miembros seguirán siendo competentes para aplicar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 conforme al artículo 88 del Tratado, aun cuando los plazos previstos en el apartado 1 del artículo 5 y el apartado 2 del artículo 7 para proceder a la notificación no hubieren expirado*".

En relación con dicho precepto, el objeto de debate es el de si la Comisión ha iniciado o no un procedimiento en el sentido de lo previsto en el citado artículo.

A este respecto, obra en el expediente y ha sido puesta de manifiesto a las partes para que formulen alegaciones, una carta de advertencia destinada a informar "acerca de la valoración provisional de la Dirección General de Competencia sobre el acuerdo notificado" por GLAXO.

En ella se afirma que la citada Dirección General "considera que el acuerdo notificado parece contener o dar lugar a restricciones de la competencia incompatibles con el artículo 85.1 y no susceptibles de acogerse a una exención con arreglo al artículo 85.3", añadiendo que su propósito es proporcionar información para facilitar un intercambio informal de opiniones y de información y, si procediere, una solución. Finalmente, concluye señalando que "si en un momento posterior la Comisión decidiera (...) iniciar el procedimiento previsto en el Reglamento nº 17/62, se elaborará un pliego de cargos de conformidad con las disposiciones del artículo 15.6 o del artículo 3 de dicho Reglamento estableciendo la valoración de la Comisión sobre el asunto y se seguirán los procedimientos establecidos".

En lo que se refiere al objeto de debate, la literalidad de la mencionada carta es clara en el sentido de que la Comisión no ha iniciado el procedimiento previsto en el Reglamento nº 17/62.

A juicio de GLAXO la iniciación de un procedimiento en el sentido del artículo 9.3 del Reglamento nº 17 no depende, según la jurisprudencia comunitaria que cita, de la calificación formal de la Comisión sino del contenido material de su actuación, insistiendo en que la solicitud de información a GLAXO conforme al artículo 11 de dicho Reglamento constituye un acto de autoridad y una manifestación de la voluntad de la Comisión de adoptar una decisión a la que, adicionalmente, está obligada tanto por la jurisprudencia del Tribunal de 1ª Instancia como por la Comunicación 97/C 313/03 (punto 38). Propone finalmente que el Tribunal plantee una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En el presente caso el TDC estima que la apreciación de la carta de advertencia constituye una mera cuestión de hecho limitándose a constatar que la carta existe y contiene las afirmaciones que en ella se vierten. Si GLAXO entiende que la Comisión ha incumplido sus obligaciones y que se ha iniciado un procedimiento deberá acudir a los órganos competentes para adoptar tal pronunciamiento.

Entretanto el Tribunal debe limitarse a analizar su propia competencia. A este respecto, la literalidad de la carta de advertencia aclara que no se ha iniciado el procedimiento previsto en el Reglamento nº 17/62. Incluso si se

hubiera iniciado habría que evaluar la posibilidad de continuarlo en los términos del artículo 44 LDC. Además, se han alegado presuntas infracciones de las normas nacionales de defensa de la competencia y el Tribunal es la autoridad competente para la aplicación en España de los artículos 85.1 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado (art. 1 del Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero). Por todo ello, la alegación de GLAXO debe ser desestimada.

2. Como ha señalado el Tribunal en su Resolución de 18 de julio de 1996, el artículo 45 LDC contiene una sumaria disciplina de las medidas cautelares tendentes 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 LDC). En el mismo precepto se contemplan sus presupuestos y requisitos.

- Como requisitos subjetivos se señalan:

- Que se soliciten por el Servicio de Defensa de la Competencia (art. 45.1) como legitimado directo para pedir, aunque también se legitima con carácter indirecto a los "interesados", quienes podrán instar del Servicio de Defensa de la Competencia la petición de medidas cautelares, pudiendo incluso plantearlas ante el Tribunal por vía de recurso si la negativa del Servicio causa indefensión (art. 47 LDC). El Tribunal podrá exigir la prestación de fianza a los solicitantes conforme le habilita el art. 45.b. párrafo 2º LDC.

- Que se propongan al Tribunal de Defensa de la Competencia, único órgano competente en vía administrativa para resolver sobre la pertinencia de las medidas cautelares.

- Requisitos objetivos:

Que las medidas cautelares presuntas resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte o, lo que es lo mismo, que de esperarse a la resolución definitiva, ésta resultase totalmente ineficaz o se viere sensiblemente disminuida en su eficacia.

- Requisitos formales:

- 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. LDC).

- Limitación de su extensión en el tiempo ya que, en principio, no podrán exceder de seis meses (art. 45.6 LDC).
  
- La injerencia que puede producir la adopción de una medida cautelar en la esfera del sujeto pasivo impide que ésta se adopte en base a petición pura y simple (Calderón Cuadrado), por lo que habrá de tenerse presente la concurrencia del resto de los requisitos que para cada supuesto haya establecido el legislador y que, como se viene señalando, para el caso que nos ocupa disciplina el art. 45 LDC y, en todo caso, los principios informadores de la protección cautelar, unánimemente reconocidos por la doctrina (Serra, Ramos, Calderón Cuadrado) que se concretan en los de "fumus boni iuris" y "periculum in mora".
  
- La apariencia de buen derecho en el instituto de las medidas cautelares es concebido como una vía 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 restrictivas o abusivas que limitan la competencia en el mercado y que se concretan en los arts. 1, 6 y 7 LDC.

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.

- Peligro de la demora.

La indeterminación del legislador con expresiones como la de "... *medidas cautelares necesarias* ..." utilizada en el art. 45.1 LDC y que es técnica general en las regulaciones de estos presupuestos

(así, "medidas pertinentes" utilizada en el art. 25 de la Ley de la Competencia Desleal), no puede extenderse a considerar que la indeterminación sea total. Así, una lectura más reposada del art. 45.1 LDC nos lleva a encontrar cierta concreción en la referencia de aquellas "*necesarias*" "*tendientes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte*".

En definitiva, el "*periculum in mora*" vendrá configurado por la doble conceptualización de Calamanderei; peligro de infructuosidad y peligro de tardanza, recogido, sin duda, en las medidas cautelares que prevé el art. 45 LDC. Y en tal sentido, aquellas expresiones no sólo sirven para determinar el "*periculum in mora*", sino que harán que el peligro actúe como fundamento de la cautela a la vez que como criterio delimitador de la misma.

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 éstos resulten afectados por un acto realizado en todo o en parte del mercado nacional contrario a la libre competencia y con dimensión suficiente para provocar afectación del interés público. Dicho con otras palabras, si el acto es contrario al interés público de la competencia y afecta a su vez intereses privados, también resultarán protegidos éstos. 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 donde tendrán acogida los intereses de competidores afectados por el acto competitivo con efectos trascendentes en el mercado".

3. Los requisitos subjetivos explicitados concurren en el presente caso por cuanto existe un expediente incoado por el Servicio y propuesta de dicho órgano al Tribunal, si bien con la precisión de no haber sido propuestas de oficio, sino solicitadas a instancia de parte. Asimismo se han cumplido los requisitos procesales exigidos por la LDC en su tramitación ante el Tribunal, habiéndose dado audiencia a los interesados tanto respecto de la propuesta del Servicio como en relación con el escrito aportado por una de las interesadas -SPAIN PHARMA S.A.- una vez celebrada la vista.
4. Cumplidos los requisitos citados, corresponde a continuación analizar la concurrencia o no de la apariencia de buen derecho.

A este respecto, el Servicio ha fundado la medida cautelar propuesta en que la conducta de GLAXO, indiciariamente, infringiría los artículos 1.1.b) y d) LDC, así como el artículo 7 de la misma norma en relación con el artículo 16 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD). Por su parte, las denunciadas y la parte coadyuvante han añadido como fundamento de la medida cautelar la infracción del artículo 85.1 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). GLAXO ha combatido la totalidad de los fundamentos de la medida cautelar expuestos. Los relativos al artículo 85.1 TCE, no sólo en los extensos alegatos que obran en el expediente, sino también en el acto de la vista celebrada ante el Tribunal en la que, tras advertir que el Servicio no había fundado su propuesta en el mencionado precepto, y ante las alegaciones de las interesadas, subrayó que la infracción o no del mismo constituía la cuestión básica objeto de debate y reiteró los argumentos que durante la tramitación del expediente había formulado por escrito. Los relativos a los artículos 1 y 7 LDC por medio de las alegaciones formuladas en la tramitación del expediente, que fueron sintéticamente reproducidas en la vista y que se recogen posteriormente.

El Tribunal, por tanto, debe analizar la totalidad de los fundamentos expuestos y combatidos.

5. A juicio de GLAXO, el comercio paralelo de productos farmacéuticos adquiridos en España a un precio impuesto por la Administración y exportados a otros Estados de la UE en los que el precio es sensiblemente más elevado, constituye el problema de fondo de las cuestiones suscitadas, por ser un comercio paralelo injustificado y no protegido por el ordenamiento comunitario.

Este comercio de origen español viene causando en los últimos años graves daños a la industria farmacéutica en general y a GLAXO en particular.

Hasta finales de 1995 el problema no se manifestaba ya que la protección transitoria que el artículo 47 del Acta de Adhesión de España a la Comunidad otorgaba a los laboratorios farmacéuticos les permitía utilizar sus derechos de patentes para oponerse a las importaciones paralelas.

Sin embargo, al expirar la vigencia de tales previsiones, el problema se plantea con toda su crudeza y las compañías establecidas en España tratan de reaccionar frente al mismo. En particular GLAXO consideró que una solución compatible con el ordenamiento comunitario sería la de modificar sus condiciones generales de venta de modo que todos los mayoristas que se relacionan con ella acepten que los productos que

adquieran con destino a la exportación tendrán un precio fijado por GLAXO -libre, pero no arbitrariamente, sino de acuerdo con criterios objetivos- y no el precio fijado por el Ministerio de Sanidad.

Entiende GLAXO que los precios para las especialidades farmacéuticas destinadas a la exportación (cláusula 4<sup>o</sup>B) son los únicos fijados por la empresa -los de las destinadas al consumo nacional no son fijados por ella sino por la Administración- y tienen carácter objetivo. GLAXO considera que el carácter objetivo de tales precios encuentra su fundamento en el hecho de ser el resultado de aplicar a los precios presentados por ella a la Administración sanitaria española, en el momento de iniciarse el procedimiento de fijación administrativa del precio para sus especialidades farmacéuticas, un criterio objetivo como es el de actualizarlos conforme al incremento del coste de la vida (posteriormente, GLAXO ha matizado este criterio limitando la aplicación del incremento del coste de la vida sólo a aquellos años en que ha disfrutado de un derecho de patente, modificación que, en su opinión, respeta la objetividad del sistema de fijación de precios). Los precios inicialmente presentados a la Administración son el resultado de los estudios económicos realizados por la empresa para cubrir sus costes (folios 471 y 474).

Por el contrario, los precios fijados por la Administración, aunque teóricamente responden a criterios objetivos que permitan cubrir los costes efectivos del laboratorio en la producción de la especialidad farmacéutica -para lo cual los laboratorios deben presentar detallada información-, en la práctica no tienen tal carácter ya que la Administración tiene en cuenta otros factores con el objeto de fijar a un precio más bajo el precio final de la especialidad. Entre estos factores destaca GLAXO, por una parte, el hecho de que la Administración tiene en cuenta el precio de la especialidad en los Estados miembros de la Comunidad en los que es más bajo y, por otra, que la existencia de un alto número de copias de especialidades farmacéuticas en el mercado español -fruto de la deficiente protección de la legislación española en materia de patentes que sólo reconoció la patente de productos farmacéuticos en 1992 para los productos nuevos-, confiere a las autoridades sanitarias una tácita discrecionalidad para fijar los precios de las especialidades farmacéuticas a un nivel bajo. Esta actuación administrativa responde a la necesidad de controlar el gasto público en general y el farmacéutico específicamente (folios 839 y 840). GLAXO es consciente de que la Comisión Europea ha considerado contrarios al artículo 85.1 TCE los acuerdos por los que un fabricante establece, directa o indirectamente, dos precios distintos para un mismo producto en función de cuál sea el Estado miembro en el que vaya a comercializar tal producto el distribuidor o el mayorista adquirente. Sin embargo, estima que en el presente caso concurren dos diferencias

fundamentales que lo distinguen de los casos analizados por los órganos comunitarios. En primer lugar, porque en aquellos supuestos los dos precios eran fijados libremente por los fabricantes, mientras que en éste GLAXO sólo fija libremente un precio -el otro es fijado por la Administración en los términos antes expuestos-. Y, en segundo lugar, porque los precios de las especialidades de GLAXO se fijan con absoluta independencia del Estado miembro al que se destinen los productos (folios 836 y 837). Atendiendo a las anteriores razones, entiende que el presente supuesto es un caso nuevo sobre el que no existen precedentes en la aplicación del derecho comunitario.

6. A la hora de abordar la argumentación de GLAXO sobre la ausencia de infracción del artículo 85.1 TCE y de precedentes al respecto en la aplicación del derecho comunitario, el Tribunal debe distinguir dos ámbitos diferenciados: la valoración de la actual situación del mercado europeo de especialidades farmacéuticas y de los problemas que causan en el mismo la intervención administrativa -una de cuyas modalidades relevantes es la fijación de precios-, y el juicio estrictamente circunscrito a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, ámbito este último al que debe reducir su actuación.
7. Aunque el Tribunal compartiera las conclusiones de GLAXO sobre los problemas existentes en el mercado europeo de medicamentos, carece de competencia alguna para resolverlos -salvo, en su caso, por la vía indirecta de ejercer las funciones consultivas y de emisión de informes que le atribuye el artículo 26 LDC, cuyo ejercicio resultaría especialmente inadecuado en un procedimiento de protección cautelar-. Así lo ha estimado también en el ámbito específicamente farmacéutico de las sentencias "Centrafarm/Sterling Drug" de 31.10.74 y "Merck/Primecrown" de 5.12.96 en las que el TJCE, tras apreciar "que la imposición de controles de precios constituye efectivamente un factor que puede, en determinadas circunstancias falsear la competencia entre los Estados miembros", se remite a las autoridades comunitarias como competentes para remediar las distorsiones causadas por la existencia de normativas de precios diferentes, citando en la primera de las sentencias señaladas las competencias que dichas autoridades pueden ejercer a tal efecto, entre las que se encuentran, aunque no exclusivamente, las que ostenta en el campo de defensa de la competencia.
8. La Comisión Europea ha considerado en reiteradas ocasiones (entre otros asuntos "Distillers", "Pittsburg Corning Europe", "Kodak"), como han señalado las partes, incluida la propia GLAXO, contrarios al artículo 85.1 TCE aquellos acuerdos por los cuales un fabricante establece, directa o indirectamente, dos precios distintos para un mismo producto en función

de cuál sea el Estado miembro en el que vaya a comercializar tal producto el distribuidor o mayorista adquirente (folio 836).

No obstante, como se ha expuesto anteriormente, GLAXO alega que en este caso existen diferencias fundamentales con los citados -GLAXO sólo fija uno de los precios con criterios objetivos mientras que el otro es fijado por la Administración y lo hace con absoluta independencia del Estado miembro al que se destinen los productos-.

Sobre las afirmaciones de GLAXO acerca de la fijación de los precios industriales por la Administración sanitaria española debe señalarse que la nueva redacción del artículo 100 de la Ley 25/1990, del Medicamento, al igual que ocurría con la redacción anterior, dispone que el régimen de fijación de precios industriales responderá a criterios "objetivos y comprobables".

Dicho régimen, objetivo y comprobable, se encuentra regulado por el Real Decreto 271/90, de 23 de febrero, en virtud de la remisión que hace al mismo la Disposición transitoria octava de la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Según lo previsto en su artículo 2.3 "el precio industrial de la especialidad se fijará sumando al coste total o precio de coste de la misma el porcentaje correspondiente al beneficio empresarial.

El precio de coste se calculará mediante la aplicación analítica del "coste completo", incluyendo el de investigación y desarrollo tecnológico. El coste unitario así obtenido representa lo que ha supuesto la fabricación del producto, llevando incorporado los repartos correspondientes a los gastos comerciales y de administración incurridos en el período.

Para el cálculo del coste se tendrán en cuenta las siguientes variables que repercuten directamente en el mismo: Nivel de actividad, evolución de los costes y de los volúmenes de venta de la empresa, estimaciones de las ventas de la nueva especialidad y la incidencia que se origine en los costes de estructura por la fabricación del nuevo producto.

El beneficio empresarial para cada especialidad se fijará en un porcentaje, determinado por un informe técnico sobre la situación económico-financiera de la empresa. Dicho porcentaje estará comprendido dentro de una banda establecida anualmente por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, tomando como base de referencia la situación económica de la industria farmacéutica en su conjunto y las previsiones coyunturales de política económica.

Al objeto de que el precio industrial calculado sea congruente con respecto a sus similares en el mercado, actuarán como correctores, dentro de la banda de rentabilidad establecida, la utilidad terapéutica que aporta el nuevo producto, comprobada científicamente, junto con el criterio de proporcionalidad que impida que el coste del tratamiento sea desproporcionado respecto a otras alternativas.

Mediante la aplicación general de estos criterios, se evitarán costes no justificados o innecesarios tales como los que se deriven de sobrevaloración por encima de los precios de mercado de sustancias activas, de pagos excesivos por licencia de marcas o tecnología o de gastos de promoción o publicidad no adecuados a las características del producto, así como aquellos gastos no necesarios para el desarrollo de la actividad normal de la empresa, de modo que el precio final del medicamento sea calculado en función de su coste real, de manera objetiva y transparente."

El Real Decreto 271/90 regula, pues, exhaustivamente, el proceso para que los precios respondan al coste real de forma objetiva, transparente y comprobable, y la Administración está obligada a cumplirlo. Si no lo hace, las decisiones administrativas relativas a la fijación de los precios industriales de las especialidades farmacéuticas pueden ser recurridas ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Máxime si se tiene en cuenta que las previsiones reglamentarias son detalladas a la hora de regular los criterios conforme a los cuales ha de actuar aquélla. Si GLAXO no las ha recurrido, pudiendo hacerlo, no resulta razonable estimar que el único precio objetivo es el que la propia empresa considera como tal. Al aceptarlos, GLAXO, al menos, ha consentido que se fijen en los términos acordados por la Administración.

Por otra parte, el alto número de copias de especialidades farmacéuticas no puede ser considerado, como alega GLAXO, como una atribución a las autoridades sanitarias de "una discrecionalidad para fijar los precios de las especialidades farmacéuticas a un nivel bajo". GLAXO, al decidir libremente comercializar sus productos en España con conocimiento de la insuficiente protección que la legislación española atribuía a sus patentes, debe aceptar las consecuencias de su decisión, entre ellas la de asumir que existan en el mercado español de especialidades farmacéuticas unas condiciones de competencia distintas, con posibles efectos tanto en dicho mercado como en relación con el comercio paralelo.

Junto a las consideraciones expuestas sobre la fijación administrativa de precios, entiende el Tribunal que, atendiendo a los precedentes

comunitarios, la principal cuestión a considerar para apreciar si existen o no diferencias entre este supuesto y los precedentes comunitarios es la que hace referencia al "objeto o efecto" de la cláusula 4 de las nuevas condiciones generales de venta, pues es a ellos a los que hace referencia el artículo 85.1 TCE.

Según GLAXO, las condiciones generales de venta no impiden el comercio paralelo, fijándose los precios conforme a criterios objetivos y con independencia del Estado miembro a que se destinen los productos. Sin embargo, esta afirmación viene desvirtuada por las propias afirmaciones de GLAXO y por las manifestaciones de COFARES, según obran en el expediente.

En efecto, el extenso escrito de 18 de mayo de 1988, presentado por los letrados que ostentan su representación, incluye un apartado de conclusiones, la primera de las cuales resulta especialmente reveladora en relación a la cuestión planteada. En ella "GLAXO sostiene: que las nuevas condiciones generales de venta, de plantear algún problema de legalidad, plantean exclusivamente un problema de legalidad comunitaria, dado que su única finalidad y su único efecto es restringir las exportaciones de especialidades farmacéuticas desde España hacia otros Estados de la Comunidad Europea" (el subrayado es de GLAXO) (folio 488).

Por lo demás, tal finalidad ha sido claramente percibida por los mayoristas, habiendo producido el efecto perseguido como se desprende del escrito de alegaciones presentado por COFARES en el que se afirma que, "a partir de esa fecha (la de la firma de las condiciones generales de GLAXO, el 18 de marzo), se cursaron las pertinentes instrucciones internas para suprimir las exportaciones de unos productos que carecían ya en las nuevas condiciones de interés comercial para esos fines" (folio 892). Este resultado práctico es, asimismo, ratificado por COFARES cuando añade, comentando los datos que aporta, que "se observa que en el mes de marzo se exportaron tan sólo 4.856 unidades de productos del Grupo GLAXO frente a las 20.157 del mes de febrero anterior, que había tenido un notable incremento, y frente a las 15.208 unidades del mismo mes de febrero de 1997. La baja cifra del mes de marzo de 1998 es precisamente consecuencia de que las exportaciones de los productos GLAXO se mantuvieron sólo hasta la firma de las condiciones generales de venta el día 18 del citado mes, y quedaron suprimidas desde entonces" (folio 893).

Partiendo de estas premisas resulta aplicable al presente expediente el criterio adoptado por la Comisión Europea -ratificado por el TJCE- en su

Decisión de 13 de julio de 1987 (asunto SANDOZ), precedente que se refiere específicamente al comercio paralelo de especialidades farmacéuticas cuyo origen se realizó desde un país -Italia- en el que las características del mercado farmacéutico -exigencia de autorización administrativa, registro de productos, fijación administrativa de precios, venta al público únicamente en farmacias, prescripción del medicamento y subvención parcial del precio por el Estado (apartado 8 de la Decisión)- se corresponden con las del mercado español.

La valoración jurídica contenida en dicha Decisión aprecia la existencia de un acuerdo al afirmar que "aunque no exista ningún contrato general entre Sandoz PF y sus clientes, ha de considerarse que el tipo de acuerdo mencionado en el artículo 85 consiste en la relación comercial continua establecida y concretada por el conjunto de los procedimientos comerciales antes descritos, aplicados normalmente por Sandoz PF en sus relaciones con los clientes e implícitamente aceptados por éstos" (apartado 25).

Añade que "por lo tanto, las palabras "prohibida la exportación", que figuran en las facturas utilizadas por Sandoz PF, representan, respecto al artículo 85, una cláusula contractual que forma parte del contrato en el que Sandoz PF y sus clientes fundamentan sus transacciones" (apartado 27). Concluye en sus apartados 28 y 29: "Habida cuenta de lo antedicho, la Comisión considera que la adopción y aceptación de facturas de ventas que contengan la cláusula "prohibida la exportación", en tanto en cuanto haya de considerarse como un elemento del mencionado acuerdo entre las partes, constituye una infracción del apartado 1 del artículo 85. Concretamente, tal estipulación tiene sin duda por objeto evitar, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común y puede afectar al comercio entre Estados miembros. Por otra parte, el uso continuo de dichas facturas puede producir el efecto de inducir a los clientes, que conocen peor el Derecho comunitario, a no exportar productos de Sandoz PF." "Al prohibir las exportaciones, la cláusula incluida en el contrato formalizado entre Sandoz y sus clientes restringe por su propia naturaleza las posibilidades de competencia ofrecidas a los agentes económicos como consecuencia de la creación del mercado común europeo. Estos acuerdos permiten a las empresas compartimentar los mercados nacionales, lo cual afecta al comercio entre Estados miembros y es contrario a los objetivos básicos de la Comunidad."

En el presente expediente la existencia previa de relaciones contractuales entre GLAXO y los distribuidores mayoristas resulta aún mas claramente acreditada en la carta con la que dicha compañía les adjunta las condiciones generales de venta, presuponiendo que tales relaciones

existan al resaltar que GLAXO respeta en su totalidad los descuentos y días de pago vigentes para la comercialización de productos Glaxo Wellcome (folio 520), siendo aceptadas por la mayoría de los distribuidores mayoristas, según ella misma reconoce. Y aclara que la exigencia de la firma se justifica porque "se trata de la única manera posible de obtener una garantía contractual de que las compañías mayoristas adquirentes de especialidades de Glaxo Wellcome van a respetar el contenido de estas condiciones y de que van a abonar los precios previstos en las nuevas tarifas. En efecto, en ausencia de la firma de estas condiciones por parte de los almacenes mayoristas, las mismas quedarían desprovistas de todo contenido material toda vez que su cumplimiento dependería exclusivamente de la voluntad del almacén adquirente." (folio 517).

El supuesto contemplado se diferencia del apreciado por la Comisión en el hecho de que GLAXO no ha utilizado facturas de venta que contengan expresamente una prohibición de exportar. Sin embargo, como se señaló anteriormente, la propia empresa ha afirmado que la única finalidad y efecto de las condiciones generales es restringir las exportaciones de especialidades farmacéuticas desde España, y constan datos en el expediente de que, al menos indiciariamente, ha conseguido tal objetivo.

Por ello, a juicio del Tribunal, cabe apreciar un grado de demostración suficiente de infracción del artículo 85.1 TCE y, consiguientemente, la concurrencia del requisito de la apariencia de buen derecho, en orden a conceder en este momento la protección cautelar, sin perjuicio del resultado final del expediente principal.

9. Además de la presunta infracción del artículo 85.1 TCE, se ha alegado como fundamento de la apariencia de buen derecho la posible infracción del artículo 1 LDC.

Como ha señalado la Comisión Europea en el asunto SANDOZ antes citado, "el mercado farmacéutico europeo es, en su conjunto, amplio, pero presenta subdivisiones en el plano nacional y regional", residiendo los motivos de dicho fraccionamiento "sobre todo en las diferencias existentes en las legislaciones de los Estados miembros sobre la regulación de precios y en la admisión en los mercados de los productos farmacéuticos" (apartado 6). La Ley 25/1990, del Medicamento mantiene, como se ha señalado en el anterior fundamento de derecho, características específicas similares a las del mercado italiano analizado en aquel asunto por la Comisión Europea pudiendo, por tanto, considerarse como un mercado diferenciado en el que es posible analizar la conducta de los operadores económicos y su conformidad o no con las normas nacionales

de defensa de la competencia.

A este respecto es preciso partir de la premisa de que la Ley 25/90, del Medicamento, prevé, siempre que se cumplan los requisitos contemplados en ella y en sus disposiciones de desarrollo, que la actividad de distribución mayorista de especialidades farmacéuticas es una actividad lícita, tanto en relación con las oficinas de farmacia y servicios de farmacia legalmente autorizados (arte. 77), como en lo que se refiere a la exportación de aquellas especialidades (art. 82).

De acuerdo con las previsiones de la Ley, cabe, y de hecho así ha ocurrido, que las distribuidoras mayoristas hayan optado, bien por suministrar exclusivamente a farmacias, bien por combinar el suministro a farmacias con la actividad exportadora. Por otra parte, la citada Ley no exige que cada distribuidor farmacéutico se circunscriba a alguna de dichas posibilidades sino que permite que, en cualquier momento, los mayoristas puedan optar por cualquiera de ellas si consideran que resulta conveniente para el desarrollo de su actividad económica.

Por su parte, GLAXO no tiene obligación legal de comercializar sus especialidades farmacéuticas en España, pese a lo cual ha venido manteniendo, por su propia decisión, relaciones comerciales con distribuidores mayoristas en España y percibiendo los precios fijados por la Administración con independencia del destino final -oficinas de farmacia en España o exportación- que tuvieran las especialidades farmacéuticas objeto de tales relaciones comerciales.

En este marco, las nuevas condiciones generales de venta suponen una modificación contractual de las relaciones comerciales preexistentes en un doble sentido:

En primer lugar, porque condiciona la vigencia del precio fijado por la Administración española a su posterior comercialización "con carácter nacional, esto es, a través de oficinas de farmacia u hospitales españoles" (último inciso de la condición 4º A).

En segundo lugar, porque subordina el suministro de especialidades farmacéuticas que no se comercialicen con carácter nacional al cobro de unos precios que tienen por objeto disuadir -y así lo hacen- a los distribuidores mayoristas de exportar dichos productos (condición 4ª B).

A la vista de estas modificaciones el Tribunal debe pronunciarse cautelarmente y, sin haber concluido el expediente principal, sobre si son susceptibles de modificar la situación preexistente en el mercado nacional,

restringiendo la competencia.

En este momento el Tribunal aprecia que la puesta en práctica de las nuevas condiciones generales de venta puede situar a los distribuidores mayoristas en posición distinta en sus relaciones comerciales con GLAXO y con sus clientes minoristas.

Los que han firmado las reiteradas condiciones generales pueden seguir obteniendo con normalidad las especialidades farmacéuticas de GLAXO y suministrar a sus clientes minoristas, pero ven restringida la posibilidad de ejercer la actividad exportadora.

Los que no han firmado y sólo reciben cantidades mínimas para atender "pedidos de urgencia" no pueden ni exportar, ni responder a sus solicitudes de pedidos ordinarios. Dado que los minoristas pueden tener como proveedores a más de un distribuidor mayorista y que incluyen en sus pedidos a los mayoristas de especialidades farmacéuticas de varios laboratorios, los que no han firmado las condiciones generales de venta pueden tener importantes dificultades para atender, en condiciones de mercado, las solicitudes de sus clientes minoristas, al no disponer de las especialidades de GLAXO.

En ambos casos, las condiciones generales de venta permiten la existencia de relaciones contractuales entre GLAXO y los distribuidores mayoristas, si bien con la diferencia de que aquéllos que no firmen ni, consiguientemente, coadyuven a la puesta en práctica de una prohibición de exportar incluida fundamentalmente para favorecer los intereses de GLAXO, verán limitada injustificadamente la distribución de especialidades farmacéuticas de dicho grupo empresarial y estarán sujetos a unas condiciones comerciales desiguales que les colocarán en una situación de desventaja frente a sus competidores.

El hecho de que las nuevas condiciones generales de venta, al menos indiciariamente, tengan por objeto o produzcan el efecto de restringir las exportaciones, de acuerdo con los precedentes del derecho comunitario, constituye un acuerdo contrario a las normas de defensa de la competencia. Y determina que pueda apreciarse, en principio, una infracción del artículo 1 LDC que permita, asimismo, apreciar la apariencia de buen derecho en orden a otorgar la protección cautelar solicitada.

10. Por último, el requisito de la apariencia de buen derecho se ha tratado de fundar en la infracción del artículo 7 LDC en relación con el artículo 16.2 LCD, que prohíbe el abuso de la situación de dependencia económica respecto de los clientes.

El artículo 16.2 de la LCD dispone que "asimismo se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedoras que no dispongan de alternativas equivalentes para el ejercicio de su actividad".

De la literalidad de este precepto se desprende que la apreciación de la conducta desleal exige como requisitos tanto la existencia de una situación de dependencia económica, como la ausencia de alternativas equivalentes para el ejercicio de su actividad por parte de las empresas clientes.

El concepto de explotación de situación de dependencia está relacionado con el de posición de dominio en el mercado o, al menos, con el de posición de supremacía respecto del proveedor o cliente.

Así se desprende de la tramitación parlamentaria de la Ley 3/91 de Competencia Desleal, y de los propios precedentes analizados por el TDC en sus Resoluciones cuando se ha alegado la infracción del artículo 16.2 LCD.

Como señala Otamendi Rodríguez-Bethencourt (Competencia Desleal. Aranzadi 1992), durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley de Competencia Desleal, en el Congreso de los Diputados, se defendió el mantenimiento del precepto frente a su consideración como un abuso de posición de dominio ya contemplado en el artículo 6 LDC, argumentando que una cosa es la posición de dominio y otra la llamada posición fuerte, es decir, "no una empresa que domina el mercado, pero que sí tiene una posición de supremacía respecto a un proveedor o un cliente porque éstos no tienen otras fuentes de aprovisionamiento".

Esta misma relación con una posición preeminente en el mercado se desprende de la Resolución del Tribunal de 7 de julio de 1995 (Expte. R 121/95, Mutua Madrileña Automovilista) en cuyo fundamento de derecho nº 7 se rechaza la existencia de "prueba alguna del alcance de la situación de dependencia" por lo expuesto en el fundamento nº 2 de la misma Resolución, fundamento en el que se analiza la ausencia de "prueba concluyente de que la Mutua ostenta una posición de dominio como demandante de los servicios de reparación de carrocerías".

En el presente expediente GLAXO alega que su cuota de mercado en la producción de medicamentos en España es del 4%. Sin embargo, en orden a considerar si puede existir o no una posición de supremacía que

permita fundar una situación de dependencia económica debe considerarse el mercado de la distribución de medicamentos -que es el relevante dado que se analizan las condiciones generales de venta entre un laboratorio y los distribuidores mayoristas-, y tenerse en cuenta no el conjunto de las especialidades farmacéuticas, sino las distintas áreas terapéuticas en las que se prescriben y consumen. Las áreas terapéuticas constituyen, indiciariamente, mercados diferenciados en los que, en principio, puede apreciarse, con mayor rigor que con la referencia al conjunto de especialidades, cuál es la posición de los operadores, ya que la sustituibilidad o equivalencia se produce entre los medicamentos que tienen la misma utilidad terapéutica y no entre los que sirven a fines terapéuticos distintos.

A este respecto, los datos que obran en el expediente (folios 863 a 870) permiten apreciar que en varias de las áreas terapéuticas definidas (Antimigrañosos; antipalúdicos; antivirales, excluyendo vacunas; antivirales tópicos; agentes antivirales oftalmológicos; antigotosos y estimulantes) las cuotas en valor en el mercado público -que es, con diferencia, el que absorbe la mayor parte del consumo de medicamentos- correspondientes a las especialidades de GLAXO (48,8%; 65,1%; 50,2%; 55,3%; 77,8%; 87,5% y 48,2%, respectivamente) son elevadas y se encuentran a una notable distancia respecto de sus competidores (entre 16,7 y 83,5 puntos porcentuales de diferencia).

Si a ello se añade que se trata de medicamentos de marca cuya prescripción viene determinada habitualmente por un facultativo, se puede concluir que en las áreas terapéuticas citadas es difícil que exista en la práctica un medicamento alternativo equivalente. Esta situación es la que puede llevar, dadas las características propias de la distribución farmacéutica, a que el mayorista que carezca de las especialidades líderes en algunas de las áreas terapéuticas vean reducido el volumen de sus pedidos ya que los distribuidores minoristas pueden solicitarlas, junto con el resto de productos que les resulten necesarios, a otros distribuidores mayoristas que dispongan de aquéllas. En tal caso, la no disponibilidad de las especialidades líderes de GLAXO afectaría no sólo a su suministro, sino también al resto de los productos que son solicitados por las farmacias, al desviarse el conjunto de los pedidos de un distribuidor mayorista a otros con los que está asociada la farmacia. La conducta tiene, en tal caso, entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado.

El resultado es que la negativa de suministro de GLAXO, si no aceptan unas condiciones generales con las que trata de restringir las exportaciones desde España, puede ser considerada, en este momento

procesal, un indicio de una explotación de la situación de dependencia económica de los clientes mayoristas que no las firmaron y que no disponen de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad, pudiendo apreciarse la existencia de apariencia de buen derecho basada en la presunta infracción del artículo 7 LDC en relación con el artículo 16.2 LCD. Todo ello sin perjuicio de las conclusiones definitivas que el Servicio obtenga sobre la relevancia de las áreas terapéuticas mencionadas o de que pueda apreciar la infracción o no del artículo 6 LDC, que no ha sido alegada como fundamento de la medida cautelar propuesta.

11. La Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo: Sección Sexta), en su sentencia de 17 de septiembre de 1997, manifiesta que "el Tribunal Constitucional ha recordado (STC 238/92, de 17 de diciembre) que las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho. El art. 45 pfo 1 de la Ley 16/89 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, ha previsto la adopción por el T.D.C. de las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la Resolución que en su momento se dicte, y el Tribunal Supremo, en la sentencia de 17 de junio de 1997, resolviendo el recurso planteado respecto a la adopción por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de una medida cautelar en la pieza de suspensión de un recurso contencioso-administrativo, señala que "La naturaleza jurídica que hoy por hoy es predicable de la institución cautelar en el recurso contencioso-administrativo, que no tiene por finalidad propia y directa la de tutelar provisionalmente la posición o situación jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso, determina que sea aquél -el periculum in mora- el primer y básico presupuesto para la adopción de la medida cautelar; ésta solo deviene necesaria, atendida la naturaleza jurídica de la institución, cuando el citado derecho está en riesgo, o lo que es igual, cuando existe urgencia en preservarlo".

A la luz del artículo 45 LDC y de la jurisprudencia expuesta procede, pues, considerar cuál puede ser el objeto de la Resolución que en su momento se dicte, y si es posible que un hipotético fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia para la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho, de forma que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentre en riesgo y exista urgencia en preservarlo.

En este sentido, es preciso recordar que el expediente se ha incoado por

el Servicio, en lo que es coincidente con la propuesta de medida cautelar, por la puesta en práctica de unas condiciones generales de venta con dos listas de precios divergentes según que los productos se destinen a la distribución en España o a la exportación, así como por negar el suministro -o suministrar cantidades mínimas para atender "pedidos de urgencia"- a los mayoristas que no las suscriban.

La modificación contractual que supone la puesta en práctica de las condiciones generales de venta produce una significativa alteración en el mercado.

Los distribuidores que las suscriben pueden ampliar sus cuotas de mercado frente a los que no lo hacen, los cuales, al no disponer de la gama de especialidades farmacéuticas de todos los laboratorios, ven reducidos los pedidos de sus clientes minoristas.

A su vez, tanto los distribuidores que las firman como los que no lo hacen han de abandonar su actividad exportadora, dejan de obtener los ingresos derivados de ella y no pueden aplicarlos a la mejora de sus sistemas de distribución.

En este sentido téngase en cuenta que, como ya señaló el Servicio (expediente A 211/97. COFAS) las características especiales del mercado de distribución de productos farmacéuticos se asemejan mucho "a la descripción realizada por la Comisión Europea en su Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria al referirse al denominado sistema "just-on-time" con las características que esto supone de paso de un proceso de "lanzamiento" (cuando los productos se fabrican y almacenan anticipándose a la demanda) a un proceso "tirón" (cuando la demanda de los consumidores tire de los productos hacia el mercado) y junto a ello provoca el cambio de un gran sistema de transporte a transportes de menor envergadura realizados con mayor frecuencia. La utilización de la logística de la respuesta rápida da lugar a la captación de la demanda en un tiempo lo más cercano posible al tiempo real y lo más próxima posible al distribuidor final. Las consecuencias para la estructura de la distribución son una concentración, lograda a través de la reducción del número de operadores de grandes dimensiones, y unas relaciones verticales más estrechas entre fabricantes, mayoristas y minoristas". A lo expuesto se añade la circunstancia de que los socios de los distribuidores mayoristas suelen ser los propios farmacéuticos que ejercen la actividad minorista. De ahí que los ingresos obtenidos por los primeros tiendan a aplicarse en la mejora de los procesos de distribución, ya que ésta redundaría en beneficio de mayoristas y minoristas.

Por otra parte, los que no firman, por las razones ya expresadas, se ven expuestos a una reducción de sus cuotas de mercado y corren el riesgo de quedar excluidos del mismo.

Inclusive, los distribuidores mayoristas que no realizaban actividad exportadora por propia decisión, se ven imposibilitados para modificar su estrategia comercial si en un momento posterior consideraran que debían llevarla a cabo.

Finalmente, la propia posición de GLAXO respecto de los restantes laboratorios se ve afectada al poder controlar los precios de venta de sus especialidades farmacéuticas con origen en España, frente a los demás que las suministran a los precios fijados por la Administración sanitaria.

En resumen, se produce una modificación relevante de las condiciones de competencia en el mercado de distribución mayorista de especialidades farmacéuticas para los operadores que comercializaban los productos de GLAXO que afecta y es susceptible de afectar tanto a los que las firmaron como a los que no lo hicieron.

En tales circunstancias, si la Resolución final resultara favorable a GLAXO sería difícil, si no imposible, cuantificar los perjuicios que el nuevo sistema de venta ha producido a cada uno de los distribuidores mayoristas, porque sus efectos no se limitan a las cantidades que se dejan de percibir por abandonar la actividad exportadora -que, hay que insistir en ello, es perfectamente legítima según la Ley 25/1990, del Medicamento- sino que afectan, directa o indirectamente, a su propia posición como operadores en dicho mercado, con riesgo incluso de poder quedar excluidos del mismo, y a la toma de decisiones sobre su actividad, que queda limitada en lo que se refiere a la posibilidad de exportar especialidades farmacéuticas de GLAXO.

A diferencia de ello, si la Resolución final fuera desfavorable para GLAXO la estimación de los posibles perjuicios que se le causaran resultaría, comparativamente, más sencilla de realizarse, puesto que se habrían mantenido idénticas condiciones de competencia a las existentes antes de la puesta en práctica del nuevo sistema, y podría obtenerse considerando las unidades de productos de GLAXO exportados y las diferencias de precio entre los correspondientes a la aplicación de las condiciones 4º A y 4º B.

De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal considera que concurre el requisito del "periculum in mora" dado que un posible fallo favorable a la

pretensión de los denunciados podría quedar desprovisto de eficacia por la consolidación de una nueva situación en el mercado difícilmente reversible, ocasionada por una conducta que, de acuerdo con los precedentes del derecho comunitario, resulta indiciariamente contraria a derecho, de forma que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en riesgo y existe urgencia en preservarlo, para lo cual es preciso restablecer las condiciones de competencia que existían antes de la puesta en práctica de las nuevas condiciones generales de venta.

La tutela, en su caso, del derecho de GLAXO, carece de tales riesgos como lo acredita el hecho de haber estado operando en el mercado sin doble lista de precio en función del destino del producto, y por resultar más sencilla en términos comparativos la posibilidad de evaluar los perjuicios que se le pudieran ocasionar.

12. La medida cautelar propuesta por el Servicio consiste literalmente en "que se ordene a GLAXO WELLCOME S.A. y a sus filiales que, durante 6 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".

GLAXO ha alegado que la medida cautelar propuesta por el Servicio es desproporcionada y excede de la finalidad que se pretende conseguir con ella. En este sentido estima que, si el Servicio funda la adopción de la medida en la garantía de suministro del mercado español, el principio de proporcionalidad exigiría circunscribir la obligación de suministro a las cantidades necesarias para atender dicho mercado -excluidas las cantidades que los distribuidores mayoristas destinan a la exportación- e incluir como beneficiarios de tal suministro no a todos los distribuidores, sino exclusivamente a los 14 que no han firmado las condiciones generales de venta.

A juicio del Tribunal, en los términos expuestos en el fundamento de derecho anterior, la puesta en práctica de las nuevas condiciones generales de venta suponen directa o indirectamente una modificación significativa de las condiciones de competencia en el mercado de la distribución mayorista de especialidades farmacéuticas, y la decisión final que se adopte en el procedimiento principal se refiere directamente a la compatibilidad o no de dichas condiciones generales con el derecho nacional y comunitario de defensa de la competencia.

La propuesta del Servicio se formula con un carácter meramente

conservativo, adjetivo que, según el Diccionario de la Lengua Española se predica de lo que "conserva una cosa", lo cual en términos de competencia en el mercado debe referirse a lo que conserva una situación preexistente.

Sin embargo, la concreción específica de la medida propuesta por el Servicio en su literalidad puede producir consecuencias que no son meramente conservativas.

En efecto, podría interpretarse, como hace GLAXO, que se trata sólo de garantizar el suministro en el mercado nacional y circunscrito a aquellos operadores que no han firmado las condiciones generales de venta, supuesto en el que quedarían excluidas de la protección cautelar situaciones preexistentes en el mercado que deben ser tuteladas, como es la legítima actividad exportadora.

De interpretarse así, se produciría, además, una importante modificación respecto de las condiciones de competencia preexistentes pues resultaría que los 14 distribuidores mayoristas beneficiarios de la medida podrían ampliar su actividad exportadora abarcando la que antes realizaban otros operadores. En tal caso, la medida cautelar no conservaría la situación preexistente sino que la alteraría sustancialmente, reservando la actividad exportadora a un número reducido de mayoristas privilegiados.

Y, aunque se considerara en los términos literales propuestos por el Servicio, tampoco se mantendría la situación preexistente en el mercado. En primer lugar, porque se establecería un límite máximo a cada distribuidor mayorista fijado en función de su actividad anterior, estableciendo a través de la medida cautelar un remedo de "cuota de exportación" garantizado. De este modo se impediría que el libre ejercicio de la actividad exportadora y las posibilidades de negocio para los mayoristas que realizan tal actividad, que son mutables, pudieran modificar tales "cuotas de exportación". En segundo lugar, porque, a diferencia de la situación preexistente, quedarían excluidos de la actividad exportadora los operadores que, por voluntad propia, y no porque fuera ilegítima, no la hubieran realizado o, incluso, nuevos operadores que, cumplidos los requisitos exigidos por la normativa española, puedan acceder a la condición de distribuidores mayoristas de especialidades farmacéuticas.

Por otra parte, la medida propuesta, además de los problemas que acaban de mencionarse, no tendría con la posible Resolución definitiva una relación directa, sino meramente indirecta o instrumental ya que lo que se juzga es la compatibilidad o no de las condiciones generales con el

derecho español y comunitario de la competencia, mientras que la negativa de suministro reducido a "pedidos de urgencia", que pretenden ser enervados por la medida propuesta por el Servicio, constituye un mero instrumento para conseguir la puesta en práctica de aquellas condiciones generales y la consiguiente restricción de las exportaciones que es su finalidad principal.

El objetivo específico de la LDC, según su Exposición de Motivos, es el de proteger la competencia frente a todo ataque contrario al interés público, pudiendo el Tribunal adoptar las medidas cautelares necesarias para asegurar la eficacia de la Resolución que en su momento se dicte (art. 45 LDC).

El objeto de la Resolución final ha de ser, como se ha expuesto, si las condiciones generales de venta restringen o no la competencia en el mercado, a la vista de las normas nacionales y comunitarias. El Servicio propone que se adopte una medida cautelar de carácter conservativo, debiendo entenderse que con ello se pretende mantener condiciones de competencia preexistentes. Mantener tales condiciones de competencia implica que se respeten las posibilidades de competir permitidas por el marco legal vigente, es decir, por la Ley 25/1990, del Medicamento, que ha venido permitiendo a la totalidad de los distribuidores mayoristas optar, en cualquier momento, por exportar especialidades farmacéuticas adquiridas al precio fijado por la Administración española sin limitaciones cuantitativas -siempre que cumplan la obligación de abastecimiento al mercado español impuesta por el artículo 79 de la Ley del Medicamento, obligación cuya observancia debe ser exigida por la Administración competente según su artículo 109, y no por un operador privado-. La medida propuesta por el Servicio puede producir, como se ha expuesto, consecuencias que no son meramente conservativas. En consecuencia, si se pretende una protección cautelar meramente conservativa que evite posibles alteraciones de las condiciones de competencia preexistentes y que conecte directamente con la protección del interés público y con el objeto de la Resolución que en su momento se dicte en el expediente principal, la medida a adoptar ha de ser la de suspender cautelarmente el número 4 de las condiciones generales de venta. De este modo, aunque la medida adoptada no coincida con la solicitada se mantiene la congruencia con la propuesta conservativa formulada por el Servicio, tal como exige la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta) de 17 de septiembre de 1997.

13. El Servicio, aún tratándose de una medida solicitada a instancia de parte, estima que, siendo la medida cautelar propuesta meramente conservativa y no causando a GLAXO ningún daño, no procede imponer fianza a los

solicitantes.

ASEPROFAR comparte dicho argumento y añade que no debe imponerse fianza porque implicaría que los solicitantes de la medida quedarían en "libertad bajo fianza" para continuar un negocio lícito, porque no todos los miembros de las asociaciones a los que representan los denunciados exportan, pudiendo beneficiarse otros operadores, porque GLAXO no resulta perjudicado ya que los perjuicios derivados de la medida afectarían, en su caso, a otra filial de la multinacional de la que depende, y porque la fianza actuará como coste o gravamen de las exportaciones y será una medida estatal de freno a las mismas, incompatible con el artículo 34 TCE.

El artículo 45 LDC prevé la posibilidad de que, siendo los interesados los proponentes de la medida cautelar, como sucede en el presente caso, el Tribunal pueda exigir la prestación de fianza.

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 indiciaría 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.

Por todo ello, el Tribunal,

### **HA RESUELTO**

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 S.A. y sus compañías filiales WELLCOME FARMACEUTICA S.A., ALLEN FARMACEUTICA S.A. y DUNCAN FARMACEUTICA S.A. 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 S.A. 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 S.A. 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.

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.