



Roj: **SAP M 15671/2006** - ECLI: **ES:APM:2006:15671**

Id Cendoj: **28079370282006100099**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **30/06/2006**

Nº de Recurso: **174/2006**

Nº de Resolución: **99/2006**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo de apelación nº 174/2006

Materia: **Competencia desleal**

Órgano Judicial de origen: Juzgado de lo Mercantil Nº 4 de los de Madrid.

Autos de origen: Juicio ordinario núm. 93/04

Parte recurrente: entidades ESPAÑOLA DE DESARROLLO E IMPULSO FARMACÉUTICO, SA. (EDIFA), UNIÓN Y COOPERACIÓN, S.A. (UNYCOP) y FEDERACIÓ FARMACÉUTICA, SOCIETAT COOPERATIVA CATALANA LIMITADA.

Parte recurrida: entidades ORGANIZACIÓN FARMACÉUTICA, SA. (OFSA) y COFARES SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA (COFARES)

SENTENCIA 99/06

En Madrid, a 30 de junio de 2006.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados D. Rafael Sarazá Jimena, D. Gregorio Plaza González y D. Santiago García Fernández, ha visto el recurso de apelación bajo el núm. de rollo 174/2006, interpuesto contra la sentencia de fecha ocho de septiembre de dos mil cinco dictada en el juicio ordinario núm. 93/04 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil Nº 4 de los de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante la parte demandada, las entidades ESPAÑOLA DE DESARROLLO E IMPULSO FARMACÉUTICO, SA. (EDIFA), representada por el Procurador D. Oscar Gil de Sagrado Garicano y defendida por el Letrado D. Francisco Cañete Corchero, UNIÓN Y COOPERACIÓN, SA (UNYCOP), representada por el Procurador D. Esteban Jabardo Margareto y defendida por los Letrados D. Julio Garrido Amado y D. Enrique Miras Pérez, y FEDERACIÓ FARMACÉUTICA, SOCIETAT COOPERATIVA CATALANA LIMITADA, representada por la Procurador Dª. Consuelo Rodríguez Chacón y defendida por el Letrado D. Joseph María Gomis Masqué, siendo apelada la parte actora, las entidades ORGANIZACIÓN FARMACÉUTICA, SA. (OFSA) y COFARES SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA (COFARES), representadas por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado y defendidas por el Letrado D. Iñigo Rodríguez-Sastre y D. Roberto Martínez.

Es magistrado Ponente D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 20 de diciembre de 2004 por la representación de las entidades ORGANIZACIÓN FARMACÉUTICA SA (OFSA) y COFARES SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA (COFARES) contra las entidades ESPAÑOLA DE DESARROLLO E IMPULSO FARMACÉUTICO, SA. (EDIFA), UNIÓN Y COOPERACIÓN SA, (UNYCOP) y FEDERACIÓN FARMACÉUTICA, SOCIETAT COOPERATIVA CATALANA LIMITADA, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba "dicte Sentencia por la que, estimando íntegramente la presente Demanda:

1. Declare que los actos llevados a cabo por las demandadas, tendentes a impedir a OFSA el normal desarrollo de sus actividades de logística integral en el mercado, constituyen actos de **competencia desleal** contrarios al artículo 5 de la Ley de **Competencia Desleal**, tipificados además por los artículos 14.1, 14.2 y 16.2 de la misma Ley.
2. Condene a las demandadas a cesar de inmediato en la realización y prohíba la reproducción de tales actos.
3. Ordene a las demandadas a que pongan en conocimiento de todos sus miembros y socios el contenido de la sentencia que estime los pedimentos de esta demanda.
4. Ordene a las demandadas a que pongan en conocimiento de los laboratorios del Grupo Grünenthal el contenido de la sentencia que estime los pedimentos de esta demanda.
5. Condene a las demandadas, solidariamente, a indemnizar a mis mandantes los daños y perjuicios ocasionados por los actos de **competencia desleal** cometidos, con arreglo a las bases que se fijen, para su cuantificación en el momento procesal oportuno.
6. Ordene la publicación a costa de las demandadas, solidariamente, de la sentencia que en su día se dicte en un periódico del sector farmacéutico de gran difusión, y en dos periódicos de difusión estatal (uno de información económica y otro de información general).

Y todo ello con expresa condena en costas a las demandadas".

Tras concederse a la actora trámite de subsanación para que cuantificara las indemnizaciones que solicitaba, presentó escrito con la siguiente cuantificación de las indemnizaciones que solicitaba en su demanda:

- "a) En todo caso los 46.312 € como ganancia dejada de obtener respecto de los contratos firmados por OFSA con los laboratorios del Grupo Grünenthal.
- b) La cantidad adicional de 1.270.227,5 €, que resulta de la media entre los daños a la inversión y la pérdida de ganancia con los laboratorios ofertados por OFSA, identificados en la demanda.
- c) Subsidiariamente respecto del apartado b), y en todo caso, la cantidad adicional 632.874 € como daño a la inversión.
- d) La cantidad adicional de 200.000 € por el daño que a OFSA le suponen las barreras de entrada y la pérdida de prestigio comercial y cuota de mercado.
- e) La cantidad adicional por la que Deloitte gire la factura a mi mandante como consecuencia del Informe sobre los sistemas de tratamiento y protección de datos de OFSA realizado.
- f) Los intereses legales devengados sobre las cantidades anteriores desde la fecha de presentación de la demanda."

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de los de Madrid, dictó sentencia, con fecha ocho de septiembre de dos mil cinco, cuyo fallo era el siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de ORGANIZACIÓN FARMACÉUTICA, SA. (OFSA) Y COFARES SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA (COFARES) en el litigio seguido contra ESPAÑOLA DE DESARROLLO E IMPULSO FARMACÉUTICO, SA. (EDIFA), UNIÓN Y COOPERACIÓN, SA. (UNYCOP) Y FEDERACIÓN FARMACÉUTICA, S. Coop. CL. (FEDERACIÓN):

- 1º) debo declarar y declaro que los actos llevados a cabo por las demandadas, tendentes a impedir a OFSA el normal desarrollo de sus actividades de logística integral en el mercado, constituyen actuaciones de **competencia desleal**;
- 2º) debo ordenar y ordeno a las demandadas que cesen en la realización de tales actos, debiendo a tal fin poner en conocimiento de sus cooperativistas, socios, ahocicados o integrantes de su grupo, así como de los laboratorios del Grupo Grünenthal, el contenido de esta resolución.
- 3º) debo condenar y condeno a las demandadas a indemnizar de modo solidario a la parte actora en la cantidad de 468.228 euros;



4º) debo ordenar y ordeno la publicación, a costa de las demandadas, de esta resolución judicial en un periódico del sector farmacéutico de gran difusión, y en dos periódicos de ámbito estatal, unos de ellos de información económica y el otro de información general.

No procede efectuar expresa imposición de las costas causadas en este juicio."

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de las entidades ESPAÑOLA DE DESARROLLO E IMPULSO FARMACÉUTICO, SA (EDIFA), UNIÓN Y COOPERACIÓN, SA. (UNYCOP) y FEDERACIÓN FARMACÉUTICA, SOCIETAT COOPERATIVA CATALANA LIMITADA se interpuso recurso de apelación que, admitido por el mencionado juzgado y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las entidades demandantes ORGANIZACIÓN FARMACÉUTICA, SA. (en adelante, OFSA) y COFARES SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA (COFARES), ejercitaron contra las demandadas, ESPAÑOLA DE DESARROLLO E IMPULSO FARMACÉUTICO, SA. (EDIFA), UNIÓN Y COOPERACIÓN, SA. (UNYCOP) y FEDERACIÓN FARMACÉUTICA S. COOP. CL, (FEDERACIÓN), acciones de declaración, cesación, remoción e indemnización en base a la Ley de **Competencia Desleal** por la conducta de dichas demandadas en relación a la relación contractual que unía a OFSA y al Grupo GRÜNENTHAL. Los hechos relevantes para decidir el litigio son fundamentalmente los recogidos en el fundamento primero de la sentencia apelada. A los efectos que aquí interesan, son de destacar los siguientes, tomados de la sentencia apelada y completados con otros hechos admitidos por las partes en sus escritos de alegaciones o que resultan de la prueba practicada:

Las empresas del grupo GRÜNENTHAL concertaron con OFSA contratos para que ésta se encargara de prestarle servicios logísticos y auxiliares y complementarios relativos a la recogida, almacenaje, administración del stock y distribución de productos farmacéuticos producidos por los laboratorios farmacéuticos de dicho Grupo GRÜNENTHAL a distribuidoras mayoristas, entre las cuales se encuentran las demandadas o empresas socias de las demandadas, según los casos. Tales contratos fueron suscritos el 16 de diciembre de 2003 (docs. 36 a 39 de la demanda, f. 2606 y siguientes, al tomo V de los autos principales).

Las demandadas, alegando que OFSA estaba controlada por su competidor COFARES, adoptaron unas conductas (recogidas en los apartados 2º bis, 3º y 4º del citado fundamento primero de la sentencia apelada) consistentes básicamente en negarse a recibir los productos farmacéuticos de los laboratorios del Grupo GRÜNENTHAL a través de OFSA, o a exigir que tal entrega se hiciera en condiciones tales que se protegiera información comercial a la que no deseaban tuviera acceso OFSA, fundamentalmente mediante el sistema de pedido único, intentando renegociar, en el caso de UNYCOP y EDIFA, las condiciones económicas de sus compras de modo que éstas pasaran a tener condiciones más gravosas para el Grupo GRÜNENTHAL, justificándolo como compensación a los gastos que les suponía a tales distribuidoras mayoristas el sistema de pedido único. Ante los inconvenientes, gastos y molestias que la posición de estas mayoristas le suponía, Grupo GRÜNENTHAL volvió al sistema anterior de distribución a las demandadas a través de su filial MEDINSA, dejando de utilizar para tal efecto los servicios de OFSA, lo que provocó un quebranto patrimonial a la citada empresa.

La sentencia consideró que la conducta de "las demandadas, que califica como de resistencia a admitir la intermediación de OFSA en la distribución de los pedidos de medicamentos a los laboratorios del grupo GRÜNENTHAL (bien directamente, bien a través de sus asociados, representados o empresas de su grupo), había de reputarse desleal por suponer un acto de **obstaculización** a la actividad empresarial de OFSA, destinada a impedir el crecimiento de COFARES, distribuidora mayorista competidora de las demandadas y sociedad dominante del grupo de sociedades en el que se integra OFSA, en cuyo capital ostenta una participación de un 83%, sin justificación competencial legítima, lo que encuadró en el art. 14.1 de la Ley de **Competencia Desleal**, por constituir una inducción a la infracción por parte de Grupo GRÜNENTHAL de los deberes esenciales de los contratos suscritos con OFSA o, de interpretarse literalmente el art. 14.1 de la Ley de **Competencia Desleal**, en todo caso supondría una actuación concurrencial objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe, por lo que habría de encuadrarse en la cláusula general del art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal**. Tales razones llevaron al Juez "a quo" a estimar la demanda interpuesta por las actoras OFSA y COPARES, si bien sólo parcialmente en lo referente a la cuantía de la indemnización.

Contra esta sentencia se alzan las demandadas en sus recursos de apelación.



SEGUNDO.- Como primera cuestión, la Sala entiende que la conducta de las demandadas no puede encuadrarse en el art. 14.1 de la Ley de **Competencia Desleal**. El tipo de conducta desleal contenido en dicho precepto supone que la conducta concurrencial reputada como desleal en la demanda no sólo ha de afectar a la relación contractual establecida entre un tercero y un competidor, sino que ha de ser objetivamente idónea para inducir a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

En el caso de autos, la conducta de los demandados tuvo una incidencia directa en la relación contractual establecida entre OFSA y el Grupo GRÜNENTHAL puesto que, como dice la sentencia apelada, "la finalidad de tal inducción no era otra que impedir el normal desarrollo de lo estipulado contractualmente", y el Grupo GRÜNENTHAL modificó la conducta que tenía prevista realizar, consistente en utilizar a la empresa OFSA como principal plataforma logística de referencia en su almacenaje, administración del stock, preparación de pedidos y entrega de productos a las distribuidoras mayoristas demandadas, y volvió a su anterior sistema, de suministrarlos sus productos a través de MEDINSA, empresa también perteneciente al Grupo GRÜNENTHAL. Ahora bien, entiende la Sala que ello no supuso la inobservancia de comportamientos que para el Grupo GRÜNENTHAL resultarían de modo imperativo de tales contratos y pudieran considerarse como fundamentales a tenor de los términos de los contratos, es decir, no se infringieron por el Grupo GRÜNENTHAL deberes contractuales básicos.

Los términos en los que fueron concertados los contratos entre OFSA y las empresas del Grupo GRÜNENTHAL no imponían a éstas la obligación de realizar los suministros de productos farmacéuticos exclusivamente a través de OFSA, ni establecían unas cuantías o cantidades mínimas de suministros a realizar mediante OFSA. Por el contrario, los términos del contrato eran poco rigurosos para el Grupo GRÜNENTHAL en relación a estos extremos, no limitándole la posibilidad de realizar el suministro de productos a las distribuidoras mayoristas por otros medios alternativos a la plataforma de logística, integral de OFSA, no imponiéndole unas cifras mínimas de suministro, a través de OFSA, y permitiéndole además rescindir unilateralmente el contrato a través de una simple comunicación por escrito con 30 días de antelación.

Es cierto que OFSA pudo realizar unos cálculos del volumen de negocio que los contratos suscritos con las empresas del Grupo GRÜNENTHAL le supondrían, realizando las inversiones necesarias para atender tal volumen de negocio, y que tales cálculos se vieron frustrados por la **obstaculización** que la conducta de las demandadas supuso para el desarrollo de tales contratos. Pero la frustración de tales expectativas no puede calificarse como infracción de deberes contractuales básicos porque ninguna obligación se estipulaba en tales contratos para el Grupo GRÜNENTHAL de suministrar a OFSA un volumen de negocio que diera satisfacción a tales expectativas.

Por lo expuesto, entiende la Sala que la cuestión ha de centrarse en el art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal**, es decir, si la conducta de las demandadas, pese a no suponer una inducción al Grupo GRÜNENTHAL a infringir deberes contractuales básicos respecto de OFSA, puede considerarse objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe.

TERCERO.- Es consciente esta Sala de las cautelas con las que ha de acudir a la cláusula general del art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal** cuando una conducta no puede encuadrarse en alguno de los tipos específicos contenidos en los arts. 6 y siguientes de la Ley de **Competencia Desleal**. Se ha dicho (Plácido , "La cláusula de prohibición de la **competencia desleal**", Cuadernos de Derecho Judicial XI, pág. 110) que cuando la conducta enjuiciada encaja, atendiendo a su descripción material, en alguno de los tipos específicos de deslealtad concurrencial de los arts. 6 a 17 de la Ley de **Competencia Desleal** y, sin embargo, se estima que esa conducta no realiza el disvalor implícito en el tipo específico de que se trate, no es lícito acudir a la cláusula general del art. 5 para colmar ese vacío, debiendo concluirse, sin más, que nos encontramos ante una conducta concurrencialmente aséptica. Por el contrario, cuando la conducta no tiene acomodo, según esa misma descripción material u objetiva, en ninguna de las tipicidades concretas, sí resulta procedente analizarla a la luz del referido art. 5 para comprobar si la misma es o no "objetivamente contraria a las exigencias de la buena fe".

En el caso de autos, estaríamos ante esta segunda posibilidad, puesto que la conducta de las demandadas no supone una inducción a la infracción de deberes contractuales básicos, como se ha dicho, pero podría suponer un acto de **obstaculización** que, si carece de justificación objetiva, puede considerarse contraria a las exigencias de la buena fe. Afirma la mejor doctrina (también Plácido , "Comentario a la Ley de **Competencia Desleal**", págs. 157-158 , que "constituyen actos de **competencia desleal** por ser contrarios a la cláusula general [del art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal**] los actos de **obstaculización**, esto es, aquellos actos que, sin contar con una justificación objetiva, afectan negativamente a la posición concurrencial de un tercero, y en especial vacían o pueden vaciar el valor y mérito de aquellos elementos a que está ligada dicha posición (y de los que dependen ciertas expectativas en el mercado) o de cualquier forma interfieren el normal desarrollo



de la actividad del tercero en el mercado y, en su caso y de forma adicional, procuran o son adecuados para procurar a quien los realiza un provecho propio".

La conducta de las demandadas supone una **obstaculización** a la actividad empresarial de OFSA, en cuanto que frustró las expectativas legítimas que la suscripción de los contratos con las empresas del Grupo GRÜNENTHAL supusieron para OFSA, llevando a los laboratorios del Grupo GRÜNENTHAL a prescindir de sus servicios en los suministros a realizar a las demandadas. La invocación que en algunos de los recursos se hace a la libertad empresarial consagrada en el art. 38 de la Constitución no puede suponer la justificación de cualquier decisión empresarial que incida negativamente en los terceros participantes en el mercado. Si tales conductas distorsionan la "competencia en interés de todos los participantes en el mercado", que es un bien jurídico protegido por la Ley de **Competencia Desleal** (art. 1 de la Ley de **Competencia Desleal**), perjudicando la posición competitiva alcanzada por un interviniente en el mercado en base a sus méritos concurrenciales de un modo objetivamente contrario a la buena fe, dejan de estar amparadas por el citado precepto constitucional y por la legislación infraconstitucional que lo desarrolla, y pueden entrar de lleno en el ilícito del art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal** .

CUARTO.- Entiende la Sala que la cuestión básica a dilucidar es si la conducta de las demandadas tiene una justificación objetiva que pueda considerarse legítima. Ello no equivale, como pretenden las actoras, que las demandadas hayan de acreditar que la utilización de OFSA para suministrarles los productos de los laboratorios del Grupo GRÜNENTHAL les supuso un daño real y efectivo. Basta con que pueda considerarse que las razones que movieron a las demandadas a actuar cómo lo hicieron no fueran meras excusas destinadas a perjudicar a su competidor COFARES sino que tenían una justificación competitiva razonable y legítima.

Las razones que las demandadas esgrimen como justificación de su conducta es que la utilización de OFSA como plataforma logística por parte del Grupo GRÜNENTHAL implicaba unos riesgos para dichas demandadas que éstas no estaban obligadas a soportar. Tales riesgos se derivan, básicamente, de ser OFSA una empresa del grupo COFARES, participada en algo más de un 83% por ésta. Aunque en el acto del juicio (CD. 1, m. 02:42 aprox.) el representante de COFARES, D. Pedro Francisco , negó que OFSA fuera una empresa miembro del Grupo COFARES, los datos obrantes en autos muestran que concurren varios de los supuestos que el art. 42 del Código de Comercio establece para considerar que existe un grupo de sociedades del que COFARES es la matriz y OFSA es una de las filiales. Así se recoge, por ejemplo, en la memoria del ejercicio 2003, en el documento "informe anual (consolidado) 2003" de COFARES, en el apartado "definición del grupo COFARES" (f. 572 vuelto), en la que consta que COFARES es la sociedad matriz del grupo y OFSA una de sus filiales, en la que COFARES posee directamente el 83,38% del capital social. Los miembros de su consejo de administración son en buena parte miembros del consejo rector de COFARES (el propio Sr. Pedro Francisco lo reconoció en el juicio, CD. 2º, m. 00:22:20 y siguientes aprox.), en el momento de la presentación de la demanda el presidente del consejo rector de COFARES, D. Luis Andrés , era también presidente del consejo de administración de OFSA, quien presidía también otras 20 empresas del grupo COFARES (así lo reconoció éste en el juicio, CD. 2º, m. 00:59 y siguientes aprox.) y altos directivos de OFSA lo eran también de COFARES. Hay también otros datos significativos, como que los correos electrónicos enviados por empleados o directivos de las empresas del Grupo GRÜNENTHAL a empleados o directivos de OFSA en relación al desarrollo del contrato de logística suscrito son enviados a direcciones de correo electrónico con terminación en "@cofares.es", con copia (CC) para otros destinatarios también del grupo COFARES (por ejemplo, correo electrónico de 14 de enero de 2004 obrante en el bloque 11 al tomo VI de la pieza de medidas cautelares, sin foliar).

Se cumplen, pues, no ya uno sino varios de los criterios sentados por el citado art. 42 del Código de Comercio para la existencia de un grupo empresarial consolidable, por lo que ha de presumirse que existe una unidad de decisión y que es la sociedad matriz, OFSA, la titular del poder de dirección del grupo y la que gestiona dicha unidad de decisión.

Los riesgos alegados, derivados de esa situación de dominio de COFARES sobre OFSA y del hecho de que ambas compartieran en buena parte administradores y altos directivos, consistirían en que, al quedar la distribución de los productos del Grupo GRÜNENTHAL a las demandadas en manos de quien, de facto, es su competidor directo, las demandadas podrían resultar desabastecidas en una situación de escasez de los productos de los laboratorios del Grupo GRÜNENTHAL y, sobre todo, que OFSA-COFARES dispondría de una información sobre los pormenores de las relaciones comerciales entre las demandadas y las empresas del Grupo GRÜNENTHAL, así como de los detalles de la distribución realizada por tales demandadas (destinos de los envíos, cantidades, etc.) que podían suponer una ventaja competitiva para COFARES, principal distribuidor mayorista del mercado farmacéutico español y competidor por tanto de las demandadas, situación ésta que las demandadas no venían obligadas a permitir.



QUINTO.- La sentencia apelada rechaza la seriedad de las razones esgrimidas por las demandadas en el fundamento de derecho quinto. Entiende que el riesgo de desabastecimiento ha de rechazarse porque OFSA, en su labor logística, estaba obligada a seguir las instrucciones de las empresas del Grupo GRÜNENTHAL y no podía favorecer a COFARES, en detrimento de las demandadas, en una hipotética situación de escasez, y porque el eventual riesgo de desaprovisionamiento en un mercado tan intervenido como el farmacéutico parece difícil de ocultar como medio de agresión al competidor.

Asimismo rechaza la sentencia apelada las justificaciones relativas a la información confidencial que OFSA manejaría al actuar cómo plataforma logística encargada de distribuir los productos del Grupo GRÜNENTHAL a las empresas mayoristas de distribución, y en concreto a las demandadas, por varias razones. Se dice que sólo parte de esta información no está disponible al público. Los datos sobre las ventas de las distribuidoras mayoristas a las oficinas de farmacia son accesibles al público porque son publicadas por la empresa IMS HEALTH SA, por lo que la información que no estaría accesible al público sería la de las compras que realizan tales distribuidoras a los laboratorios: "la única reserva de datos defendible es la relativa a las condiciones de las compras de los mayoristas a los laboratorios", dice la sentencia apelada. Y que en estas compras, el carácter regulado del mercado farmacéutico hace que no exista la libertad contractual que hay en otros sectores, puesto que los precios de venta de los laboratorios y los precios de venta al público son fijados administrativamente, por lo que la situación en este mercado "no es equiparable a otros sectores en los que la confidencialidad en materia comercial puede marcar más diferencias".

Se razona también en la sentencia que OFSA tenía un compromiso de confidencialidad con el Grupo GRÜNENTHAL en cuanto a "actividades, precios, organización y productos de la otra parte a la que tengan acceso o que esté relacionada con el objeto del presente contrato" (cláusula 11ª de los contratos celebrados entre OFSA y las empresas del Grupo GRÜNENTHAL, docs. 36 a 39 de la demanda, f. 2606 y siguientes, al tomo V de los autos principales), por lo que tal obligación de confidencialidad abarcaba los datos que el Grupo GRÜNENTHAL le facilitara para realizar los suministros a las distribuidoras mayoristas (fundamentalmente, los datos relativos a las condiciones de compra de tales distribuidoras a los laboratorios y los datos de cantidades, destinos, etc., de los suministros), y que OFSA había obtenido certificaciones administrativas de calidad e implementado sistemas rigurosos de protección de datos, auditados por empresas especialistas, que impedían la filtración de tales datos a terceros.

Por otra parte, se dice en la sentencia tales datos carecen de relevancia para el negocio de logística que desarrolla OFSA.

Pese a lo expuesto, se dice en la sentencia apelada, las demandadas no permitieron que OFSA demostrara su profesionalidad, prescindieron de analizar si OFSA es realmente una buena empresa de logística, desoyeron sus explicaciones y esfuerzos por acreditar las garantías de seguridad que proporciona respecto al tratamiento de los datos que puedan pasar por sus manos y les negaron el beneficio de la duda, obstaculizando el desarrollo de los contratos de logística que había concertado con las empresas del Grupo GRÜNENTHAL y persiguieron bien dejarla fuera, bien utilizarla para obtener una mejora de condiciones económicas con el proveedor. Las demandadas habrían perseguido hacer fracasar el proyecto OFSA como medio de debilitar al principal inversor del mismo, COFARES, directo competidor de las demandadas.

SEXTO.- El examen de las actuaciones lleva a la Sala a la conclusión de que las razones esgrimidas por las demandadas no son meras excusas pergeñadas a posteriori para justificar una labor de **obstaculización** una vez que tal conducta es impugnada mediante el ejercicio de acciones de **competencia desleal**.

Desde un principio consta que bien las demandadas, bien empresas integradas en las mismas, hicieron llegar al Grupo GRÜNENTHAL su desacuerdo, con que los suministros se le hicieran a través de OFSA debido a la completa información comercial de la que ésta dispondría sobre tales suministros en base a su carácter de plataforma logística integral, dado, que estaba encuadrada en el grupo empresarial COFARES, que era su directo competidor, y por entender arriesgado confiar a un competidor directo (OFSA-COFARES) la distribución de los productos que debían llegar desde los laboratorios del Grupo GRÜNENTHAL a las demandadas (o a las empresas en ellas integradas). Así por ejemplo consta que en la reunión mantenida por responsables de FEDERACIÓ y Grupo GRÜNENTHAL (Sres. Juan Alberto y Carlos Antonio) el 22 de diciembre de 2003, el representante de FEDERACIÓ manifestaría al de Grupo GRÜNENTHAL que "no están dispuestos a que todos los datos de compra y distribución estén en manos de sus competidores" (e.mail remitido por D. Carlos Antonio a D. Jesús María dando cuenta de la reunión, doc. 11 obrante al tomo VII de la pieza de medidas cautelares, sin foliar). Del mismo modo, las comunicaciones enviadas ya en diciembre de 2003; por varias empresas integradas en UNYCOP al Grupo GRÜNENTHAL rechazando la intervención de OFSA en la gestión y entrega de sus pedidos hacen referencia a tales riesgos y a su negativa a asumirlos. El testigo D. Jose Antonio , presidente de FEDIFAR (Federación de Distribuidores Farmacéuticos de España) afirmó en el juicio que en una reunión mantenida entre COFARES-OFSA y FEDERACIÓ en el seno de FEDIFAR el 21 de octubre de 2004 (el



acta se aporta como doc. 80 con la demanda) en la que se planteó la cuestión objeto del presente litigio, el representante de FEDERACIÓ manifestó que "la confidencialidad de los datos debería estar en todo momento garantizada" (CD. 3º, minuto 0:07:20; en el referida acta consta que el representante de FEDERACIÓ dijo que para desbloquear la situación "... el Grupo Grünenthal, que es su interlocutor en este asunto, puesto que es con esta entidad con la que Federació mantiene relaciones comerciales, debe acreditar que la información que OFSA maneja es tratada con absoluta confidencialidad).

Asimismo, la postura adoptada por UNYCOP y EDIFA en el sentido de exigir al Grupo GRÜNENTHAL que en caso de recibir los pedidos a través de OFSA, ello se hiciera a través del sistema de pedido único, se justifica de modo razonable por dichas entidades porque dicho sistema minimizaba el riesgo que les suponía el manejo de información comercial por parte de OFSA, puesto que ésta solo conocería cifras globales, y no las cifras desglosadas relativas a los mayoristas socios de UNYCOP y EDIFA. Que ello supusiera mayores gastos para estas demandadas, al tener que dividir el pedido único entre sus socios, justifica objetivamente que exigieran, en el seno de una negociación comercial propia del tráfico económico, al Grupo GRÜNENTHAL unas condiciones económicas más favorables, con independencia de que sea discutible si las concretas condiciones que exigieron se correspondieran exactamente con los perjuicios que tal sistema les causaba. Esta explicación ya se recoge en la reunión mantenida entre COFARES-OFSA y UNYCOP, en el seno de FEDIFAR el 22 de octubre de 2004 (acta aportada como doc. 84 con la demanda, f. 3065 y siguientes, al tomo V de los autos principales).

La diferencia de las posturas mantenidas por las demandadas lleva a esta Sala a compartir la afirmación contenida en la sentencia de instancia de que la actuación de las demandadas no puede calificarse como una actuación concertada o coordinada. También ha de coincidir con el Juzgado en que no existe prueba de que las demandadas tuvieran participación ó responsabilidad de algún tipo en el hecho de que OFSA no consiguiera concertar contratos de logística con otros laboratorios.

Por otra parte, el argumento que se aduce en la sentencia apelada, y que hace suyo la actora en su escrito de oposición al recurso, relativo a que las demandadas no se han opuesto a la intervención de empresas logísticas como OLMED o ALLOGA, vinculadas también a otras empresas distribuidoras, aunque introduce interrogantes en la cuestión debatida, no le parece a la Sala determinante para considerar las razones esgrimidas por las demandadas como meras excusas que encubran lo que se pretende que constituiría la única motivación real de su conducta, el deseo de perjudicar al competidor COFARES. Se ha alegado por alguna de las demandadas que OLMED (del grupo HEFAME, la cual es a su vez miembro de UNYCOP) es una mera empresa transportista, no una plataforma logística integral (de ahí, por ejemplo, que en los envíos realizados a través de OLMED esta aparezca como mera transportista y como remitente aparezca el laboratorio remitente, doc. 10 de la contestación a la demanda de FEDERACIÓ, f. 254 y siguientes de los autos principales, mientras que en los realizados a través de OFSA esta ni siquiera aparezca como transportista, pues subcontrata el transporte en sí, y aparezca en la carta de porte como remitente, doc. 9 de la contestación a la demanda de FEDERACIÓ, f. 249 y siguientes de los autos principales), por lo que no manejaría los datos comerciales "sensibles" que sí hubiera manejado una plataforma logística integral como OFSA, encargada de la recogida, almacenamiento, administración del stock y realización de la entrega de los pedidos desde sus propios almacenes, no desde los de los laboratorios farmacéuticos. También alguno de los demandados afirma que dado lo reciente de la intervención de ALLOGA en el mercado, desconocían sus vínculos con SAFA (otra distribuidora con importante presencia en el mercado, competidora por tanto de las demandadas), lo cual es creíble si se observa los términos en los que en la demanda se aborda esta cuestión (f. 26 y 52) haciendo referencia a OLMED y a su relación con UNYCOP a través de HEFAME, pero no haciendo mención alguna a ALLOGA y SAFA, así como que D. Carlos María , perito de la parte actora, Director General de "Lógica", organización empresarial de operadores logísticos, manifestara en el juicio desconocer a ALLOGA (CD. 8º del juicio, m. 01:31:40 aprox.); o que los productos que le servía esta empresa eran pocos y de escasa importancia.

En todo caso, de se trataría de un argumento, por decirlo de un modo gráfico, "de doble filo" puede interpretarse como lo hacen las actoras, y se acepta en la sentencia apelada, pero también de otro modo completamente distinto. Si las demandadas no han "obstaculizado" a competidores como SAFA o UNYCOP (respecto de esta última, naturalmente sólo FEDERACIÓ y EDIFA), si no se han negado a recibir, envíos de productos farmacéuticos a través de las empresas de logística integradas en los grupos empresariales de tales competidores, no se entiende qué razones existirían para boicotear a otro competidor como es el caso de COFARES.

Puede, por tanto, aceptarse que son justificaciones objetivas, relativas al menor alcance de la intervención de la empresa logística en cuestión, o el desconocimiento de ciertos hechos como los de la integración en un grupo competidor, lo que explica la conducta de las demandadas al no oponerse a recibir pedidos a través de



OLMED y ALLOGA y sí a través de OFSA, pues no se entiende que si desean perjudicar a sus competidores, lo hagan en unos casos sí y en otros no.

La amplitud de las funciones de OFSA resulta de los términos de los contratos suscritos con las empresas del Grupo GRÜNENTHAL, en los que se recogen que las funciones de OFSA serían de recogida de los productos en los laboratorios, almacenamiento, administración y control del stock, procesamiento de los pedidos y entrega de los mismos directamente desde, sus almacenes, recibiendo "on line" del Grupo GRÜNENTHAL los archivos informáticos con los datos sobre tales pedidos. Resulta acreditado por tanto que OFSA dispondría de una amplia información sobre los pedidos realizados por las demandadas a los laboratorios del Grupo GRÜNENTHAL (productos, cantidades, descuentos y demás condiciones comerciales, destinatarios, lugares de entrega, etc.).

El propio presidente de OFSA, D. Luis Andrés , declara que uno de los datos que OFSA, como operador, tendría en su poder sería el stock de los laboratorios a los que prestara el servicio de logística integral (CD. 2º, m. 01:46), y que para un distribuidor mayorista es importante conocer tal dato (CD. 2º, m. 01:48).

Que las ventajas competitivas que la información comercial que Grupo GRÜNENTHAL facilitaría "on line" a OFSA en relación a los pedidos realizados por las demandadas, en un mercado regulado como es el farmacéutico, no sean tan significativas como las que puedan suponer en otro tipo de mercado, como se razona en la sentencia apelada, o que la información sobre las compras de las distribuidoras a los laboratorios sea menos importante que la información de las ventas de aquellas a las oficinas de farmacia, no significa que el acceso a tal información por un competidor no siga suponiendo una cierta ventaja. Por otra parte, queda suficientemente probado que esa información, en los términos en los que la tendría OFSA, no está accesible en el mercado (declaración de la directora de IMS, CD. 5º, m. 00:18, 00:21 y 00:34, aprox.) El régimen administrativo de precios regulados en el mercado farmacéutico no excluye la posibilidad de que los distribuidores mayoristas negocien con los laboratorios descuentos por distintas razones (pronto pago, volumen de compras) u otras condiciones de compra. Debe recordarse que el precio industrial que con carácter general establece el Ministerio de Sanidad es el precio industrial máximo (art. 100.2 de la Ley 25/1990, del Medicamento), por lo que permite que se negocien descuentos en las ventas de los laboratorios a los distribuidores mayoristas, y no excluye tampoco que se puedan negociar otras condiciones comerciales, extremo éste que fue confirmado por varias de las declaraciones prestadas en el juicio.

Entiende la Sala que es legítima la negativa de las demandadas (o de las empresas en ellas integradas) a que un distribuidor competidor tenga en su poder "datos empresariales, logísticos y de gestión de stocks", o que tenga a su disposición "...información que puede influir en la estrategia comercial de los mismos [sus competidores] y que forma parte de nuestro patrimonio empresarial, tales como la gestión y rotación de nuestros stocks, organización logística, etc.", como se dice en algunas de las comunicaciones enviadas por empresas integradas en UNYCOP al Grupo GRÜNENTHAL rechazando la intervención de OFSA (por ejemplo, faxes enviados por Cooperativa Farmacéutica Asturiana o por Farmacéutica del Noroeste, en el último apartado de la carpeta de documentos obrante al tomo VII de la pieza de medidas cautelares, sin foliar), a que ese competidor directo pueda conocer las condiciones en las que otros distribuidores han negociado sus compras con los laboratorios farmacéuticos, lo que puede otorgarle una cierta ventaja a la hora de negociar sus compras a esos laboratorios pues, por ejemplo, puede exigir a los laboratorios condiciones más favorables de las que ya disfruta algún otro distribuidor mayorista.

La importancia de la información en el mercado farmacéutico es admitida por el propio representante de OFSA, D. Luis Andrés , quien en su declaración manifiesta que "la clave de los mercados farmacéuticos es el suministro de datos, y quien tiene esos datos tiene una enorme fuerza" (CD 2º, 01:31:10 aprox.). Tal importancia se refleja asimismo en el hecho de que existan empresas dedicadas específicamente a procesar y "vender" algunos de esos datos (concretamente los de las ventas de las distribuidoras a las oficinas de farmacia), como es el caso de IMS HEALTH, SA. Que los datos de las ventas de las distribuidoras mayoristas a las oficinas de farmacia sean más importantes que los de las compras de las distribuidoras mayoristas a los laboratorios no implica que tales distribuidoras estén obligadas a soportar que un competidor tenga libre acceso a estos últimos datos. Parece lógico aceptar que en el mercado farmacéutico, como en muchas otras facetas de la vida económica, política y social, información es poder.

Entiende también la Sala que el hecho de que OFSA haya asumido una obligación de confidencialidad sobre los datos que le suministra el Grupo GRÜNENTHAL, y que tenga sistemas para evitar filtraciones no convierte las reticencias de las demandadas en meras excusas. Las demandadas no vienen obligadas a confiar en que OFSA respete sus compromisos contractuales con Grupo GRÜNENTHAL. No estamos ante el caso de una empresa logística independiente que pueda vender la información de la que dispone, hipótesis que pudiera considerarse remota. OFSA es una empresa integrada en un grupo empresarial jerárquico, caracterizado por una situación de dominio de COFARES, que tiene una mayoría absoluta del capital social y comparte con ella



administradores y directivos (lo que se ha venido a denominar como un caso de "interlocking directorates"), y que como todo grupo empresarial está caracterizado por una unidad de decisión, gestionada por la sociedad dominante del grupo al tratarse de un grupo piramidal, con una sociedad que controla directamente y con cuotas de participación social muy alta, cuando no total, las demás del grupo, según aparece en el informe anual del grupo COFARES (f. 572 vuelto). Las reticencias no se basan en hipótesis injustificadas sino en una situación de riesgo real.

Asimismo, los sistemas de control de la información frente a posibles fugas y filtraciones de los que dispone OFSA (que por cierto son gestionados por CIFSA, otra empresa filial de COFARES, participada al 100% por ésta) pueden prevenir fugas de información frente al exterior. Pero en el caso de autos el problema no es el "exterior" de OFSA, sino el "interior". Es cierto que al ser sociedades mercantiles tanto OFSA como COFARES, gozan de personalidad jurídica diferenciada. Pero al estar integradas en un grupo empresarial con una situación de dominio en la que OFSA es una sociedad filial o dominada y COFARES es la sociedad dominante, a efectos económicos forman una unidad empresarial (empresa policorporativa se le ha llamado por algunos autores) caracterizada por una unidad de decisión.

En tales condiciones, la negativa de las demandadas a que en sus relaciones con Grupo GRÜNENTHAL, OFSA sea la encargada de hacerles llegar los pedidos y disponga de información comercial de interés para los competidores se revela legítima. Porque no se trata de que la información comercial sobre los suministros de Grupo GRÜNENTHAL a las empresas demandadas carezca de interés concurrencial para OFSA, que no es competidora directa de las demandadas, como se dice en la sentencia apelada, sino de que tal información sea de interés para COFARES, que es la empresa dominante del grupo en la que se integra OFSA, con la que forma una "empresa policorporativa", una unidad económica caracterizada por una unidad de decisión de la que es titular COFARES, incluso sin incurrir en actuaciones maliciosas, mucha de esa información llegaría a manos de administradores y directivos de OFSA que lo son también de COFARES.

Entiende la Sala que no puede exigirse a las demandadas que permitan a OFSA demostrar que es una empresa eficiente y leal para los operadores económicos con los que se relaciona. El hecho de que OFSA esté integrada, en los términos expuestos, en un grupo empresarial dominado por una competidora justifica que se nieguen a que los datos comerciales de sus relaciones con Grupo GRÜNENTHAL sean manejados por OFSA-COFARES y a que la entrega de los pedidos quede en manos de OFSA-COFARES, al ser COFARES un competidor directo de las demandadas en su condición de primer distribuidor mayorista de productos farmacéuticos del mercado español.

No se puede exigir tampoco, como parecen pretender las demandantes recurridas al invocar el art. 217.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que las demandadas apelantes prueben el acaecimiento de tales riesgos, que prueben que se han producido filtraciones de información a COFARES o situaciones de desabastecimiento. Basta con que su negativa a recibir productos a través de OFSA o su exigencia de hacerlo por el sistema de pedido único con renegociación de los precios a pagar a Grupo GRÜNENTHAL, tenga una justificación objetiva, y tal justificación puede consistir en la razonabilidad de los riesgos que invocan, no necesariamente en la materialización efectiva de tales riesgos.

Las demandadas no están obligadas a fomentar la libre competencia, permitiendo que OFSA pueda demostrar su eficacia empresarial y buen hacer. Solamente les está vedado distorsionar la libre competencia por motivos carentes de justificación objetiva. Esta justificación objetiva no equivale a probar la realidad de unos perjuicios, sino solamente su potencialidad objetiva. No se trata de hacer un cálculo sobre la probabilidad de que tales riesgos se materialicen. Basta con que tales riesgos se sustenten en datos objetivos y que no sean tan irracionales y desproporcionados que evidencien que se trata de una mera excusa. Y que OFSA sea a efectos prácticos una empresa de la competencia, que esté integrada en una unidad económica dominada y gestionada por un competidor, en una empresa policorporativa cuya "cabeza" COFARES, es competidora directa de las demandadas, supone objetivamente un riesgo potencial de que la información que esté en su poder relativa a las relaciones comerciales entre las demandadas y el Grupo GRÜNENTHAL sea utilizada por su competidor y también de que en una hipotética situación de escasez (y no olvidemos que estamos en una época en la que los riesgos sanitarios, ampliamente difundidos por los medios de comunicación, provocan súbitas elevaciones de la demanda de determinados medicamentos) OFSA opte por cumplir las instrucciones que se le den desde la sociedad matriz como consecuencia de la "unidad de decisión" propia del grupo societario antes que cumplir las que reciba de las empresas del Grupo GRÜNENTHAL, y pueda, de un modo si se quiere indirecto o matizado, favorecer a COFARES, su sociedad dominante, en detrimento de las demandadas. Puede que tales riesgos no lleguen nunca a materializarse, pero las demandadas no están obligadas a soportar tal posibilidad, incluso aunque se le califique de remota.



SÉPTIMO.- En las tesis mantenidas por la parte recurrida puede encontrarse, de forma más o menos explícita, un reproche acerca de la desproporción entre los daños y perjuicios que se le han producido y la poca entidad de los riesgos esgrimidos por las demandadas como justificación de su conducta.

Sin embargo, no estimamos pertinente en casos como el de autos la realización de un "juicio de proporcionalidad" entre las ventajas que obtienen demandadas al negarse a recibir suministros, del Grupo GRÜNENTHAL a través de OFSA (evitar unos riesgos que pudieran considerarse como de escasa envergadura o incluso meramente hipotéticos) y las desventajas que ello supone para OFSA-COFARES (la frustración de unas legítimas expectativas económicas de desarrollo de un negocio de logística integral y un quebranto por la falta de rentabilización de las inversiones acometidas).

Tal juicio de proporcionalidad ha sido empleado por la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, para enjuiciar la legitimidad de la restricción de derechos en base a la defensa de intereses generales, o, tratándose de relaciones privadas, la limitación de los derechos de una de las partes en una relación jurídica por la protección de derechos de otra de las partes de tal relación, y engloba los subprincipios de adecuación (que la limitación de adecuada a otro bien o fin legítimo según el ordenamiento jurídico), necesidad o indispensabilidad (que la limitación sea indispensable para la consecución de tal finalidad), y proporcionalidad estricta (que las ventajas para la defensa de los intereses generales o, tratándose de una relación privada, las que una parte obtenga con la limitación no superen a los inconvenientes que ello supone para otra parte). Y no sería aplicable porque, pese a que la participación en el mercado supone la existencia de relaciones jurídicas concurrenciales entre los participantes, aun no existiendo relaciones contractuales entre ellas, como es el caso de las partes en litigio, no estamos propiamente ante derechos en conflicto, sino, en el caso de OFSA, ante simples expectativas legítimas.

El derecho de OFSA, filial de COFARES, a desarrollar una iniciativa empresarial lícita, amparado en el art. 38 de la Constitución y en la legislación que lo desarrolla (entre la que se encuentra la normativa reguladora de la libre y leal competencia) no se concreta en derechos específicos a que los demás competidores, con los que no ha contratado, hayan de aceptar en todo caso sus servicios, aunque sean consecuencia de un contrato concertado con un tercero. OFSA no tiene un derecho a manejar los datos comerciales de las demandadas y entregarles los suministros de los laboratorios del Grupo GRÜNENTHAL que sea oponible a tales demandadas y del que nazca una correlativa obligación de las demandadas de observar una conducta jurídica (la de admitir que sea OFSA quien les haga llegar los pedidos que hayan hecho a los citados laboratorios y que para ello OFSA. tenga conocimiento de datos comerciales que afectan a las demandadas). El único derecho que ostenta OFSA lo sería frente a las empresas del Grupo GRÜNENTHAL con las que ha firmado los correspondientes contratos, y se trataría por otra parte de derechos contractuales, cuya infracción provocaría un ilícito contractual pero no necesariamente un ilícito concurrencial.

OFSA tiene simplemente un derecho abstracto a operar en el mercado y unas expectativas a que esa iniciativa empresarial sea lo más amplia y fructífera posible, pero frente a ello las demandadas tienen unos derechos a recibir los suministros que soliciten al Grupo GRÜNENTHAL de modo que no sufran riesgos, siquiera potenciales, de desabastecimiento, ni de que un competidor pueda manejar datos comerciales relativos a las demandadas. A efectos de lo previsto en el art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal**, basta con que la conducta de las demandadas supere el primer test, el de adecuación, es decir, que la limitación que la expectativa de OFSA de operar del modo más amplio posible en el mercado de la logística farmacéutica que supone la resistencia de las demandadas a recibir productos a través suya sea adecuada para proteger los derechos y legítimas expectativas de las demandadas, que no se trate de una excusa infundada destinada a perjudicar a un competidor sin justificación concurrencial alguna. Una vez que se ha visto que la justificación concurrencial existe, no puede exigirse la superación de los tests de necesidad o indispensabilidad y de proporcionalidad estricta, es decir, que las demandadas pudieran haber adoptado otra conducta que sea también adecuada para conseguir las finalidades legítimas apuntadas de no quedar en manos de un competidor en cuanto al suministro de productos y manejo de información comercial y que hubiera causado menos perjuicio a dicho competidor, o que las ventajas que para ellas supone su conducta (no sufrir ciertos riesgos que pueden reputarse como hipotéticos o poco importantes) superen la entidad de los perjuicios causados a la otra parte en la relación concurrencial (la frustración de las legítimas expectativas de negocio y la producción de efectivo quebranto económico a OFSA). Porque, como se ha dicho, las demandadas no están obligadas a fomentar la libre competencia, permitiendo que OFSA pueda demostrar su eficacia empresarial y buen hacer, y sólo, les está vedado distorsionar la libre competencia por motivos carentes de justificación objetiva.

La existencia de tal justificación objetiva enerva la calificación de la conducta de las demandadas como actos de **obstaculización**, a efectos del art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal**, sin que pueda añadirse la exigencia de tal justificación objetiva la de proporcionalidad en relación a los perjuicios causados por tal conducta a



terceros. Existiendo tal justificación objetiva, su actuación ha de desconsiderarse concurrencialmente legítima aunque OFSA vea frustradas las expectativas derivadas de los contratos que firmó con GRÜNENTHAL.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que los motivos de las demandadas para oponerse a recibir productos del grupo GRÜNENTHAL a través de OFSA son legítimos, que no puede obligárseles a confiar en una empresa de la competencia en sus relaciones comerciales con el Grupo GRÜNENTHAL y que por tanto su conducta no pueda considerarse como objetivamente contraria a la buena fe.

Por lo expuesto, los recursos de apelación han de ser estimados, salvo, como se justificará, en lo relativo a la imposición de las costas de primera instancia, y la demanda desestimada.

SÉPTIMO.- La estimación del recurso de apelación determina, en materia de costas, que: 1º) no procede hacer expresa imposición de las derivadas de la primera instancia por entender que concurren serias dudas tanto de hecho como de derecho, según se establece en el núm. 1 del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Es cierto que concurren dudas razonables sobre las motivaciones de las demandadas, y que la aplicación de la cláusula general del art. 5 de la Ley de **Competencia Desleal** es una cuestión jurídica que presenta notables dificultades e incertidumbres jurídicas; y 2º) no proceda efectuar expresa imposición de las derivadas de esta alzada, a tenor de la regla prevista en el núm. 2 del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que prevé que no se condenará en costas del recurso a ninguno de los litigantes en caso de estimación total o parcial del mismos.

Vistos los preceptos citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de ESPAÑOLA DE DESARROLLO E IMPULSO FARMACÉUTICO, S.A. (EDIFA), UNIÓN Y COOPERACIÓN, S.A. (UNYCOP) y FEDERACIÓ FARMACÉUTICA, SOCIETAT COOPERATIVA CATALANA LIMITADA contra la sentencia de fecha ocho de septiembre de dos mil cinco dictada en el juicio ordinario núm. 93/04 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil N° 4 de los de Madrid del que este rollo dimana.

2.- Revocamos la resolución recurrida, salvo en el extremo relativo a la no imposición de costas de primera instancia, y en su lugar acordamos desestimar íntegramente la demanda promovida por las entidades ORGANIZACIÓN FARMACÉUTICA, SA. (OFSA) y COFARES SOCIEDAD COOPERATIVA FARMACÉUTICA ESPAÑOLA (COFARES) contra las entidades ESPAÑOLA DE DESARROLLO E IMPULSO FARMACÉUTICO, SA. (EDIFA), UNIÓN Y COOPERACIÓN, SA. (UNYCOP) y FEDERACIÓ FARMACÉUTICA, SOCIETAT COOPERATIVA CATALANA LIMITADA y absolver a éstas libremente de dicha demanda.

3.- Confirmamos los demás pronunciamientos de la resolución recurrida, en concreto la no imposición de las costas de primera instancia.

4.- No hacemos expresa imposición de las costas derivadas del recurso de apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.