

RESOLUCIÓN (Expte. SAMUR/01/14, FARMACIAS)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 29 de noviembre de 2016.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador SAMUR/01/14, FARMACIAS, incoado por el Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Región de Murcia, en relación con la denuncia presentada por la Asociación de la Dependencia de la Región de Murcia (ADERMUR) por supuestas prácticas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) relacionadas con el Decreto 2/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla la regulación de los servicios de farmacia y depósitos de medicamentos y productos sanitarios de los centros sociosanitarios de la Región de Murcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 23 de mayo de 2014 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) denuncia presentada por la Asociación de la Dependencia de la Región de Murcia (en adelante, ADERMUR) contra el Decreto 2/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla la regulación de los servicios de farmacia y depósitos de medicamentos y productos sanitarios de los centros sociosanitarios de la Región de Murcia (en adelante, "Decreto 2/2014" o "Decreto"), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la LDC.
2. La Dirección de Competencia (DC) de la CNMC remitió la citada denuncia al Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Región de Murcia (SRDCM) el 10 de junio de 2014, al considerar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las

Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (en adelante, Ley 1/2002), las conductas denunciadas se circunscribían al ámbito territorial de la Región de Murcia y, por tanto, correspondía a sus órganos de defensa de la competencia analizar los hechos denunciados.

3. El 1 de septiembre de 2014, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 49 de la LDC y 25.5 y 27 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el SRDCM dictó propuesta de archivo de la denuncia, al considerar que la disposición denunciada se encontraba amparada por la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

El 2 de septiembre de 2014, con entrada en la CNMC el día 12, el SRDCM elevó esta propuesta de Archivo al Consejo de la CNMC.

4. Con fecha 29 de abril de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó Resolución en relación con esta denuncia, acordando inadmitir la propuesta de archivo realizada por el SRDCM e instando al órgano instructor a continuar con la investigación del expediente llevando a cabo los actos necesarios para el esclarecimiento de las cuestiones que se expresan en la citada Resolución, entre ellas la posible participación de las oficinas de farmacia de la Región en el diseño o impulso de la norma, ya fuera directamente o a través de su organización colegial o cualquier otra entidad asociativa.
5. A la vista de la Resolución de la Sala de Competencia, el SRDCM dictó, con fecha 5 de junio de 2015, Acuerdo de Incoación de expediente sancionador por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en el establecimiento de turnos rotatorios entre farmacias, limitando la libre competencia entre las oficinas de farmacia y la libre prestación de servicios para la adquisición de medicamentos y productos farmacéuticos, medidas establecidas en el Decreto 2/2014. Dicho Acuerdo identificó como interesados en el procedimiento, además del denunciante ADERMUR, al Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia y a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en concreto, a la Consejería de Sanidad y Política Social, por ser la competente por razón de la materia.
6. El 23 de junio de 2015 el SRDCM formuló requerimiento de información a la Consejería de Sanidad y Política Social para que facilitara la documentación completa relativa a la elaboración y aprobación del Decreto 2/2014, y en particular los documentos que resultan preceptivos en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (memoria de oportunidad que incluya la motivación técnica y jurídica, informes que justifican la necesidad de la norma, estudio económico, informe jurídico de la

Vicesecretaría, así como las alegaciones presentadas por los ciudadanos, asociaciones y colegios profesionales que hayan participado en el procedimiento de elaboración durante el trámite de audiencia). Igualmente solicitó informe sobre cuál fue la participación concreta de las oficinas de farmacia de la Región en el diseño e impulso de la citada norma, bien directamente o bien a través de su organización colegial o de cualquier otra entidad asociativa defensora de los intereses profesionales de las farmacias, así como los documentos/protocolos consensuados por las oficinas de farmacia de los diferentes turnos rotatorios del régimen de funcionamiento del depósito de medicamentos que se hubieran establecido por la Administración sanitaria, en su caso. También pidió informe sobre el sistema anual de rotación, sobre cuántas farmacias se han adherido voluntariamente a los turnos rotatorios y en qué casos se ha procedido a la vinculación forzosa por no querer hacerse cargo ninguna oficina de farmacia de la zona.

Con fecha 10 julio de 2015, la Consejería de Sanidad y Política Social envió al SRDCM la contestación al requerimiento a través de la cual remite copia del expediente completo de elaboración y tramitación del Decreto 2/2014, informe explicativo de la Dirección General competente sobre la participación del Colegio Oficial de Farmacéuticos en la tramitación de la norma y sobre la aplicación de la misma e informe justificativo de la necesidad y proporcionalidad del Decreto.

7. Por otra parte, con fecha 25 de junio de 2015, el SRDCM también envía un requerimiento de documentación al Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, solicitando las actas de los años 2012 y 2013, donde figuraran todos los acuerdos y deliberaciones de la Asamblea General y de la Junta de Gobierno del Colegio, así como los documentos/protocolos consensuados por las oficinas de farmacia de los diferentes turnos rotatorios del régimen de funcionamiento del depósito de medicamentos, que se hayan comunicado al Colegio de Farmacéuticos, a partir de la entrada en vigor de la norma objeto de denuncia.

Con fechas 15 de julio y 17 de agosto de 2015, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia remite al SRDCM la información y la documentación requerida.

8. Analizados los informes y la documentación remitida por la Consejería de Sanidad y Política Social y por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, el SRDCM emitió un nuevo informe con fecha 6 de octubre de 2015 en el que, tras una serie de consideraciones, propuso la modificación del Decreto 2/2014.
9. Posteriormente, la Consejería de Sanidad y Política Social remitió al SRDCM con fecha 29 de febrero de 2016 la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el

pasado 16 de febrero de 2016 en el recurso 188/2014, interpuesto por ADERMUR contra el Decreto 2/2014, recurso que se había presentado adicionalmente a la denuncia de la que trae causa este expediente. La citada Sentencia declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto, por apreciar falta de legitimidad de la Asociación recurrente.

10. En respuesta a lo anterior, con fecha 8 de marzo de 2016, el SRDCM emitió un nuevo informe por el que se reitera a la Consejería de Sanidad y Política Social la necesidad de solucionar los problemas de competencia detectados en el Decreto 2/2014, dado que la Sentencia aportada no había resuelto en modo alguno el fondo del asunto.
11. La Consejería de Sanidad y Política Social presenta el 20 de abril de 2016 una comunicación ante el SRDCM de inicio de la elaboración y posterior tramitación de un proyecto de Decreto para la modificación puntual del Decreto 2/2014.
12. Con fecha 10 de mayo de 2016, se envía a la Consejería de Sanidad y Política Social un último requerimiento del SRDCM en el que se le indica que, para proceder a la propuesta de archivo del expediente, cuyo archivo definitivo debería condicionarse a la modificación definitiva del Decreto, es necesario que por esa Consejería se emita un informe que acredite los siguientes extremos:
 - *“Que se está tramitando la modificación del Decreto citado, en el sentido de eliminar la obligación de fijar turnos rotatorios entre farmacias, indicando en qué fase de tramitación se encuentra y la previsión de fecha para su publicación.*
 - *Que los turnos rotatorios no se han llegado a implantar efectivamente, por lo que no se han producido ni se van a producir efectos anticompetitivos.*
 - *Que el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia no participó en el impulso de la norma, al margen del preceptivo trámite de audiencia al mismo.”*
13. Finalmente, con fecha 23 de mayo de 2016, la Consejería de Sanidad y Política Social, en contestación a la petición anterior, emite el informe requerido.
14. Con fecha 31 de mayo de 2016, el SRDCM, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 49 de la LDC y 25.5 y 27 del RDC, dictó propuesta de archivo de la denuncia, dado que el Decreto 2/2014 no ha producido, ni va a producir, efecto alguno sobre la libre competencia, y que por parte de la Consejería de Sanidad y Política Social se está tramitando su modificación para la eliminación del sistema de turnos rotatorios.

El 2 de junio de 2016, con entrada en la CNMC el día 23, el SRDCM elevó esta propuesta de Archivo al Consejo de la CNMC.

15. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 29 de noviembre de 2016.

HECHOS ACREDITADOS

1. Las partes

Son partes en este expediente sancionador las siguientes:

- **como denunciante:** la Asociación de la Dependencia de la Región de Murcia (ADERMUR), cuya misión, tal como señalan en su web (<http://www.adermur.es/>), es la defensa de los intereses de las empresas y entidades asociadas (Centros Residenciales, Centros de Día, Servicio de Ayuda a Domicilio y Servicio de Tele-Asistencia), así como la de sus clientes, antes las diferentes Administraciones.
- **como denunciado:** dado que la denuncia se refiere al Decreto 2/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla la regulación de los servicios de farmacia y depósitos de medicamentos y productos sanitarios de los centros sociosanitarios de la Región de Murcia, norma aprobada por el Consejo de Gobierno autonómico y elaborada por la Consejería de Sanidad y Política Social, las actuaciones de instrucción se realizan en relación a tal Consejería.
- **como interesado:** el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia.

2. Hechos denunciados

Tal y como se recoge en el Antecedente de hecho primero de la presente resolución, en mayo de 2014 la Asociación ADERMUR presentó escrito de denuncia ante la CNMC contra el Decreto 2/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla la regulación de los servicios de farmacia y depósitos de medicamentos y productos sanitarios de los centros sociosanitarios de la Región de Murcia.

El citado Decreto 2/2014, publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia de 28 de enero de 2014 (núm. 22), entró en vigor el 1 de febrero de 2014, según lo dispuesto en su disposición final segunda.

En su denuncia, ADERMUR señaló que el sistema de prestación de la asistencia farmacéutica implantado por el citado Decreto 2/2014 supone una conducta

restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la LDC, al vulnerar los principios de libre competencia y libre prestación de servicios en la adquisición de medicamentos y productos farmacéuticos entre oficinas de farmacia autorizadas de las residencias privadas de la tercera edad.

Adicionalmente ADERMUR también considera que el Decreto 2/2014 suprime la posibilidad que tenían las residencias sociosanitarias privadas de elegir libremente las oficinas de farmacia que les prestan servicio, pasando a un sistema en el que cada residencia debe vincularse a una oficina de farmacia predeterminada por la Administración sanitaria. Igualmente se establecen turnos rotatorios entre las farmacias para suministrar productos farmacéuticos directamente a los centros sociosanitarios. De esta forma, la asociación denunciante estimaba que la regulación introducida por el nuevo Decreto estaría rompiendo el mecanismo de libre mercado y de libre negociación entre residencias y farmacias.

Finalmente ADERMUR, en la alegación quinta de su escrito de denuncia, también denuncia la posible existencia de conducta concertada entre las oficinas de farmacia de la Región de Murcia para diseñar el sistema de suministro por éstas de la prestación farmacéutica pública concernida, con carácter previo a su adopción por la Administración autonómica, que daría forma a un acuerdo de reparto de mercado diseñado por los colegios farmacéuticos afectados.

3. El Decreto 2/2014

El Decreto 2/2014, objeto de denuncia, se estructura en 30 artículos, integrados en seis capítulos, que regulan las siguientes materias:

- Disposiciones generales (Cap. I, arts. 1-6).
- Servicios de farmacia de centros sociosanitarios (Cap. II, arts. 7-10).
- Depósitos de medicamentos de centros sociosanitarios (Cap. III, arts. 11-16).
- Régimen jurídico de la autorización de funcionamiento (Cap. IV, arts. 17-18).
- Procedimiento para la autorización de funcionamiento (Cap. V, arts. 19-29).
- Régimen sancionador (Capítulo VI, art. 30).

La conducta restrictiva de la competencia denunciada por ADERMUR se relacionaría con la regulación prevista en distintos artículos de los capítulos I y III.

Así, respecto a la organización de la atención farmacéutica en servicios de farmacia y depósitos de medicamentos, el artículo 4 del citado Decreto 2/2014 establece lo siguiente:

- 1. Los centros residenciales que cuenten con una capacidad autorizada de 100 camas o más en régimen de asistidos deberán disponer de un servicio de farmacia hospitalaria propio.*

- 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, a instancias de la entidad titular del centro, dicha exigencia podrá ser eximida por el órgano competente de la Administración Sanitaria mediante la suscripción de acuerdos o convenios, siempre y cuando el centro sociosanitario disponga de un depósito de medicamentos vinculado a un servicio de farmacia hospitalaria de la red pública que sea el de referencia en el área de salud correspondiente, de conformidad con la normativa estatal.*
- 3. Asimismo, el resto de centros sociosanitarios incluidos en el ámbito de aplicación de este Decreto deberán disponer, bajo la supervisión y control de un farmacéutico, de un depósito de medicamentos y productos sanitarios, que estará sometido al régimen de vinculación previsto en el artículo 5.*

Por su parte, el artículo 5 regula el régimen de vinculación entre centros sociosanitarios de titularidad pública y servicios de farmacia del área sanitaria y también entre centros sociosanitarios de titularidad privada y oficinas de farmacia de la misma zona farmacéutica en los siguientes términos:

- 1. Los centros sociosanitarios de titularidad pública, que no tengan obligación de disponer servicio de farmacia hospitalaria propio, dispondrán de un depósito de medicamentos y productos sanitarios vinculado a un servicio de farmacia del área sanitaria.*
- 2. Por su parte, los centros sociosanitarios de titularidad privada que no tengan obligación de disponer de servicio de farmacia hospitalaria dispondrán de un depósito de medicamentos y productos sanitarios vinculado a una oficina de farmacia de la misma zona farmacéutica, conforme al sistema de rotación establecido en el artículo 13.*

El turno de rotación aplicable a las oficinas de farmacia vinculadas a los centros sociosanitarios de titularidad privada se regula posteriormente en el artículo 13 del Decreto teniendo en cuenta las especificidades en el régimen de vinculación a una oficina de farmacia, recogidas en el artículo 12. Dicho artículo prevé que las oficinas de farmacia que pertenezcan a un mismo turno rotatorio deberán elaborar un documento/protocolo consensuado del régimen de funcionamiento del depósito de medicamentos que garantice el correcto funcionamiento del mismo. A este protocolo deberán adherirse todas las oficinas de farmacia que participen en el turno rotatorio y las que posteriormente se incorporen en años sucesivos. Dicho Protocolo deberá ser comunicado al Colegio de Farmacéuticos, a los titulares de los centros sociosanitarios y a la Consejería competente en materia de sanidad.

La regulación reseñada se completa con lo establecido para los depósitos de medicamentos y productos sanitarios en el artículo 11.

Los preceptos analizados son los siguientes:

“Artículo 11. Los depósitos de medicamentos y productos sanitarios.

1. Los depósitos de medicamentos y productos sanitarios de centros sociosanitarios, bajo la dependencia del responsable clínico o asistencial del centro o del responsable del servicio de farmacia hospitalaria propio en estos casos de vinculación, son las unidades a las que les corresponde la ejecución de la atención farmacéutica en aquéllos centros sociosanitarios públicos o privados a los que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 4.
2. La atención farmacéutica prestada a través de estos depósitos se llevará a cabo de forma integrada y coordinada con el servicio de farmacia u oficina de farmacia respecto del que mantengan vinculación.”

“Artículo 12. Especificidades en el régimen de vinculación a una oficina de farmacia.

1. El régimen general de vinculación de los depósitos de medicamentos y productos sanitarios de los diferentes centros sociosanitarios públicos y privados es el establecido en el artículo 5, teniendo en consideración las especificidades contenidas en el presente artículo para los depósitos vinculados a una oficina de farmacia.
2. En estos supuestos de vinculación con una oficina de farmacia, dicha vinculación se deberá establecer con una oficina de la zona farmacéutica donde se ubique el centro, siguiendo el turno de rotación previsto en el artículo 13.
3. Las oficinas de farmacia que pertenezcan al mismo turno rotatorio deberán elaborar un documento/protocolo consensuado del régimen de funcionamiento del depósito de medicamentos que garantice el correcto funcionamiento del mismo, el cual deberá ser comunicado al Colegio de Farmacéuticos, a los titulares de los centros sociosanitarios y a la Consejería competente en materia de sanidad, que deberá garantizar su adecuado cumplimiento por parte de las oficinas de farmacia. Dicho protocolo será actualizado periódicamente, debiendo en su caso incluir aquellas indicaciones que pudiera establecer la Administración Sanitaria para el adecuado desarrollo de la prestación farmacéutica. A este protocolo deberán adherirse todas las oficinas de farmacia que participen en el turno rotatorio y las que posteriormente se incorporen en años sucesivos.
4. Una oficina de farmacia no podrá simultáneamente tener vinculado más de uno de estos depósitos.”

“Artículo 13. Rotaciones.

- 1. A los efectos de establecer la vinculación de un depósito de medicamentos y productos sanitarios, se seguirá un sistema anual de rotación en el que participarán todas las oficinas de farmacia que voluntariamente acepten la vinculación de un depósito, y que se iniciará con la oficina de farmacia propuesta por el titular del centro sociosanitario privado para el año natural en que se autorice y, en su caso, para el ejercicio siguiente si el depósito se autoriza en el último trimestre del año.*
- 2. En los años sucesivos, la rotación continuará con el resto de farmacias de la zona farmacéutica que deseen participar siguiendo el ordinal numérico de éstas a partir del número de matrícula de la oficina inicialmente vinculada y siempre que la farmacia a la que le corresponda no tenga otro depósito vinculado, en cuyo caso se vinculará a la siguiente.*
- 3. En los tres meses anteriores al comienzo de cada ejercicio, las oficinas de farmacia podrán solicitar su exclusión o inclusión en el sistema de rotación para la vinculación de depósitos. Asimismo, las oficinas de farmacia de nueva autorización podrán participar en el sistema rotatorio en el año siguiente al que se produzca su apertura efectiva al público, en atención a lo dispuesto en la disposición adicional única.*
- 4. En el caso de que ninguna oficina de farmacia de la zona farmacéutica a la que dependa el depósito quiera hacerse cargo de la vinculación del mismo, el Director General competente en materia de farmacia emitirá resolución indicando que el depósito de medicamentos quedará vinculado a la oficina de farmacia más cercana de su misma zona farmacéutica.*
- 5. En el caso de que la oficina de farmacia a la que esté vinculado un depósito de medicamentos cambie de titular, el depósito seguirá vinculado a la misma si no se produce la renuncia expresa del nuevo titular.”*

La regulación se complementa con la remisión al régimen sancionador de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia, en los siguientes términos:

“Artículo 30. Régimen sancionador.

Sin perjuicio de las responsabilidades de cualquier tipo en que se pueda incurrir, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en este Decreto, constituirá infracción administrativa, conforme a lo previsto en el Título VI, capítulo I de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia y dará lugar, previa instrucción del oportuno expediente, a la imposición de las sanciones previstas en el capítulo II del indicado título de la Ley.”

Igualmente, la disposición final primera del repetido Decreto faculta al titular de la Consejería competente en materia de sanidad para dictar cuantas medidas y actos sean necesarios para la aplicación y ejecución del mismo.

Según el preámbulo del Decreto 2/2014, la regulación analizada se dicta en desarrollo del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (art. 11.1), la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia (art. 6. g) y la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia (arts. 38 y 39).

En concreto, el citado artículo 38 de la Ley 3/1997, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia, tras la modificación introducida por la Ley 3/2010, de 27 de diciembre, dispone en su apartado 1 lo siguiente:

“Los centros hospitalarios, psiquiátricos y sociosanitarios que no estén obligados a tender un servicio de farmacia dispondrán de un depósito de medicamentos, bajo la supervisión y control de un farmacéutico. Las condiciones, requisitos, normas de gestión o vinculación y régimen de funcionamiento de tales depósitos se determinarán en cada supuesto reglamentariamente. A estos efectos, podrán establecerse, en su caso, sistemas de vinculación con servicios de farmacia o con oficinas de farmacia de la zona farmacéutica; en este último caso, se podría fijar incluso un procedimiento de rotación temporal en el que podrán participar, con carácter voluntario, todas las oficinas de farmacia de la respectiva zona, y sin que sea posible la vinculación simultánea de más de un depósito.”

Esta redacción del apartado 1 del artículo 38 se encuentra vigente desde el 1 de enero de 2011, tras haber sido modificada la redacción original de dicho precepto por la disposición adicional segunda de la Ley 3/2010, 27 diciembre, de modificación de la regulación de algunos de los tributos propios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM núm. 310, 31 de diciembre de 2010). En su preámbulo la citada Ley 3/2010 no explicaba las razones de la modificación normativa referida al artículo 38.

La redacción original del precepto, aprobada en 1997 (BOE núm. 247, 15 de octubre de 1997), disponía simplemente la necesaria vinculación de los depósitos de medicamentos de los centros hospitalarios y sociosanitarios con el servicio de farmacia de un hospital público o una oficina de farmacia de la zona farmacéutica, sin ninguna previsión ni mención de procedimiento de rotación temporal en el que participaran todas las oficinas de farmacia de la respectiva zona.

“1. Los centros hospitalarios, sociosanitarios y psiquiátricos que no cuenten con un servicio de farmacia y que no estén obligados a tenerlo dispondrán de un depósito de medicamentos que estará vinculado a una oficina de

farmacia establecida en la misma zona farmacéutica o al servicio de farmacia de un hospital público.”

4. Tramitación y aprobación del Decreto 2/2014

Como se ha examinado, ADERMUR en la alegación quinta de su escrito de 23 de mayo de 2014, denuncia la posible existencia de una conducta concertada entre las oficinas de farmacia de la Región de Murcia dirigida a diseñar el sistema de suministro por éstas de la prestación farmacéutica pública concernida, con carácter previo a la adopción por la Administración autonómica del Decreto 2/2014. En opinión del denunciante tal actuación supondría un acuerdo de reparto de mercado diseñado por los colegios farmacéuticos afectados contrario a la LDC.

La Resolución del Consejo de la CNMC de 29 de abril de 2015 instó al órgano instructor a continuar con la investigación para esclarecer, entre otras cuestiones, la posible participación de las oficinas de farmacia de la Región en el diseño o impulso del sistema de rotación, ya fuera directamente o a través de su organización colegial o cualquier otra entidad asociativa defensora de los intereses profesionales de las farmacias.

A la vista de la Resolución de la Sala de Competencia, con fecha 5 de junio de 2015 el SRDCM dictó Acuerdo de Incoación de expediente sancionador por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en el establecimiento de turnos rotatorios entre farmacias, identificando como interesados en el procedimiento, además del denunciante ADERMUR, al Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia y a la Administración Pública de la citada Comunidad Autónoma (en concreto, a la Consejería de Sanidad y Política Social, por ser la competente por razón de la materia).

Tras el citado Acuerdo de Incoación de 5 de junio, el SRDCM envió, con fecha 23 y 25 del mismo mes, sendos requerimientos de información a la Consejería de Sanidad y Política Social y al Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, con vistas a conocer el procedimiento de elaboración y aprobación del Decreto 2/2014 y cuál fue la participación concreta de las oficinas de farmacia de la Región en el diseño e impulso de la citada norma.

El análisis de la documentación remitida por la Consejería de Sanidad y Política Social (que incluye la copia del expediente completo de elaboración y tramitación del Decreto 2/2014 permite documentar los siguientes trámites e informes, entre otros, durante la elaboración del Decreto 2/2014:

- La elaboración del futuro Decreto 2/2014 se inició en marzo de 2012, mediante propuesta del Director General de Planificación, Ordenación sanitaria y farmacéutica e Investigación sobre la necesidad y oportunidad del proyecto, a la que se acompañaba un primer borrador preliminar de la norma que, en su entonces artículo 10 regulaba el régimen de rotación entre

oficinas de farmacia finalmente incluido en el artículo 13 del Decreto finalmente aprobado, sin bien con alguna modificación.

- Durante el mismo mes de marzo de 2012 este borrador preliminar del Decreto fue objeto de los siguientes informes:
 - Informe de necesidad y oportunidad e Informe de impacto de género, elaborados por la Asesoría Jurídica de la propia Dirección General.
 - Memoria económica de la Consejería de Sanidad y Política Social
 - Informe del Servicio Jurídico del Instituto Murciano de Acción Social (IMAS)

- Con fecha 19 de julio de 2012, un segundo borrador del futuro Decreto fue sometido a trámite de audiencia, en cumplimiento del artículo 53.3 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia. Entre otras entidades dicho borrador fue remitido a las siguientes asociaciones empresariales:
 - Asociación Empresarial de oficinas de farmacia.
 - Asociación de Farmacéuticos de la Comarca de Cartagena.
 - Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia.

- Desde el 31 de julio de 2012 al 20 de agosto de 2012 se recibieron los siguientes informes y alegaciones sobre el borrador remitido:
 - Informe de la Dirección General de Administración Local y Relaciones Institucionales.
 - Alegaciones del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia.
 - Alegaciones de la Federación Murciana de Asociaciones de Familiares y Personas con enfermedad mental (FEAFES).
 - Alegaciones de la Sociedad Murciana de Farmacia Hospitalaria.
 - Alegaciones de la Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria.

- El 30 de octubre de 2012 se elaboró nuevo borrador una vez concluido el trámite de audiencia. Dicho Borrador fue objeto de informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería de Sanidad y Política Social, fechado el 21 de noviembre de 2012 en el que se afirma:

Así, en la concreción del régimen de vinculación de los depósitos se ha optado por considerar el tipo de titularidad del centro, público o privado, como elemento determinante de esa vinculación, de modo que los depósitos de los centros sociosanitarios públicos se vinculen a servicios de farmacia públicos, lo que va a propiciar una eficiencia en la gestión del gasto farmacéutico, mientras que los depósitos de centros privados quedarán vinculados a una oficina de farmacia,

(...)

Igualmente, en los supuestos de depósitos de medicamentos de centros sociosanitarios privados vinculados a oficina de farmacia del proyecto prevé un régimen rotatorio de vinculación por anualidades y en el que podrán participar con carácter voluntario todas las farmacias de la zona farmacéutica correspondiente y ello en consideración y desarrollo del artículo 38.1 de la Ley 3/1997, de 28 mayo, de ordenación farmacéutica de la Región de Murcia.

Este sistema de rotación ya se contempló en el Decreto 435/2009, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la regulación de los servicios de farmacia y los depósitos de medicamentos y productos sanitarios de las estructuras sanitarias de atención primaria de la Región de Murcia y se regula el procedimiento de autorización, para los depósitos de centros sanitarios de atención primaria de titularidad privada, si bien en el presente proyecto se ha introducido una importante novedad por la que el conjunto de farmacias pertenecientes al mismo turno rotatorio deberán elaborar un documento/protocolo consensuado del régimen de funcionamiento del depósito de medicamentos que garantice su correcto funcionamiento y la necesaria continuidad asistencial en la atención farmacéutica. Dicho protocolo será actualizado periódicamente, debiendo en su caso incluir aquellas indicaciones que pudiera establecer la Administración Sanitaria para el adecuado desarrollo de la prestación farmacéutica. A este protocolo deberán adherirse todas las oficinas de farmacia que participen en el turno rotatorio y las que posteriormente se incorporen en años sucesivos,

(...)

En cuanto al artículo 13, se propone la eliminación del sistema de rotación previsto, sin embargo no pueda atenderse dicha supresión ya que es una exigencia establecida en el artículo 38,1 de la Ley 3/1997, de 28 mayo, de ordenación farmacéutica de la Región de Murcia, tras la modificación introducida por la Ley 3/2010, de 27 diciembre. En todo caso, las previsiones del artículo 12 garantiza adecuadamente la calidad asistencial de la prestación farmacéutica que se realice.

- Mediante Orden de 27 de noviembre de 2012 la Consejera de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia acordó someter a consulta preceptiva de la Dirección de los Servicios Jurídicos el Proyecto de Decreto. Mediante Dictamen de 19 de diciembre de 2012, la Dirección de los Servicios Jurídicos informó favorablemente el Proyecto Remitido.
- Asimismo, con fecha 14 de enero de 2013, la Consejera de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia acordó someter el Proyecto de Decreto a

consulta preceptiva del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. Mediante Dictamen 283/2013, de 22 de octubre, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia informó con observaciones el Proyecto remitido.

- Finalmente, con fecha 14 de enero de 2014 se sometió al Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, la versión final del Proyecto de Decreto, una vez incorporadas las observaciones esenciales incluidas en el Dictamen del Consejo jurídico.

Durante la tramitación del proyecto de Decreto la Dirección General de Planificación, Ordenación Sanitaria y Farmacéutica recibió alegaciones procedentes de la denunciante ADERMUR en dos ocasiones:

- Con fecha 17 de abril de 2012, cuestionando, entre otros elementos del proyecto de Decreto, la vinculación de farmacias y centros socio-sanitarios mediante turnos rotatorios anuales, al no ofrecer al centro ninguna posibilidad de enjuiciar el desempeño realizado por el farmacéutico ni ninguna posibilidad para la separación del farmacéutico si no realiza su labor convenientemente. En caso de establecerse un sistema de vinculación obligatoria rotatorio, ADERMUR solicita que sea de tres años de duración, a semejanza del previsto en el Decreto 94/2010, de 4 de junio, de la Comunidad Valenciana.
- Con fecha 21 de febrero de 2012, ADERMUR presentó nuevo escrito de alegaciones, en el que cuestiona de nuevo la vinculación obligatoria de farmacias y centros socio-sanitarios tal y como la regula el proyecto de Decreto.

Según el Informe explicativo de la Dirección General competente sobre la participación del Colegio Oficial de Farmacéuticos en la tramitación de la norma, fechado el 10 de julio de 2015, *“Las oficinas de farmacia fueron oídas, a través del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, al igual que otros agentes sociales (como la propia ADERMUR). Efectivamente, se oyó a todos los agentes sociales interesados en el objeto de la norma, tanto de un modo informal a través de reuniones previas para la fijación del texto del anteproyecto, como a través de la audiencia formal exigida legalmente en la tramitación normativa. Consecuencia de dicha audiencia fueron las alegaciones al texto efectuadas tanto por el Colegio Oficial de Farmacéuticos como por farmacéuticos particulares, todo lo cual consta en el expediente remitido.”*

Por su parte, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, en su escrito de respuesta (fechado el 14 de julio de 2015) al requerimiento efectuado por el SRDCM, señala que en las Actas de los años 2012 y 2013, donde figuran todos los acuerdos y deliberaciones de la Asamblea General y de la Junta de Gobierno del Colegio no se ha hallado ningún acuerdo ni deliberación referente al futuro Decreto 2/2014. No obstante, con fecha 16 de julio de 2012, el Colegio

remitió a sus colegiados la Circular no 245/2012, comunicando la apertura del trámite de información pública respecto a varios proyectos normativos (entre ellos, el Proyecto de Decreto) y, posteriormente, el 31 de julio de 2012 el Colegio remitió a la Consejería de Sanidad, un informe elaborado por la Asesoría Jurídica colegial, con observaciones al Proyecto de Decreto, y adjuntando además copia de las alegaciones formuladas por dos colegiados.

Respecto a los documentos o protocolos consensuados por las oficinas de farmacia sobre los diferentes turnos rotatorios del régimen de funcionamiento de los depósitos de medicamentos de establecimientos sociosanitarios, el Colegio informa que *“la Consejería de Sanidad no ha puesto en marcha los depósitos de medicamentos de los establecimientos sociosanitarios privados (pese a que el Decreto debía iniciar su aplicación el 1 de agosto de 2014), y por tanto no se han establecido turnos, ni se han adherido oficinas de farmacia a dichos turnos, ni se han establecido protocolos de ninguna clase. Al menos, nada de ello consta en este Colegio”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia para resolver

Según el artículo 5 del Decreto 18/2015, de 4 de julio, de reorganización de la Administración Regional, la Consejería de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo es el Departamento de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia *“encargado de la propuesta, desarrollo y ejecución de las directrices generales del Consejo de Gobierno en las siguientes materias: (...) defensa de la competencia”*, siendo ejercidas dichas competencias por la Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor.

Por su parte, el artículo 2.2 a) del Decreto número 13/2004, de 13 de febrero, por el que se asignan funciones en materia de defensa de la competencia y se crea el SRDCM, actualmente integrado en la citada Dirección General, establece que corresponde a este órgano *“Ejercer las funciones de instrucción de los procedimientos de infracción y de autorización singular en los supuestos establecidos en la normativa reguladora correspondiente”*.

Por otra parte, el artículo 14 letra b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC establece que *“La Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.”*

Por todo ello, en función de lo dispuesto por los artículos 20.2 y 5 de la Ley 3/2013 y la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002, de 21 de febrero de Coordinación de las Competencia del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia son responsabilidad del SRDCM, residiendo las competencias de resolución de los expedientes en la misma materia en la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Valoración Jurídica del Órgano Instructor

En la Propuesta de resolución emitida por el SRDCM, el órgano instructor propone el archivo de las actuaciones seguidas a consecuencia de la denuncia presentada por ADERMUR contra el Decreto 2/2014, basándose en la ausencia de efectos pasados o futuros del Decreto denunciado y en la futura eliminación del sistema de turnos rotatorios:

“Visto lo anteriormente expuesto, este SRDC estima que procede proponer el archivo de la denuncia presentada por ADERMUR, dado que el Decreto objeto de denuncia no ha producido, ni va a producir, efecto alguno sobre la libre competencia, y que se está tramitando su modificación para la eliminación del sistema de turnos rotatorios.”

El SRDCM basa esta propuesta de archivo en la siguiente valoración de los hechos investigados durante la tramitación del presente expediente:

“Segunda. *La Consejería de Sanidad ha atendido la demanda del SRDC de la necesidad de modificación del Decreto 2/2014, de 24 de enero, en el sentido de proceder a la eliminación de los turnos rotatorios, con el fin de que el Decreto en cuestión resulte acorde con la normativa sobre libre competencia. Por esta razón, a la vista del informe de la Consejería de Sanidad que acredita que se está tramitando el proyecto de Decreto para la modificación puntual del Decreto 2/2014, en el sentido de mantener el régimen de vinculación previsto en la legislación estatal y autonómica, pero posibilitando la libre competencia entre oficinas de farmacia de la misma zona farmacéutica, con la eliminación de turnos rotatorios y ello con las debidas garantías para la atención farmacéutica; así como que los turnos rotatorios no se han llegado a aplicar en momento alguno, y tampoco se van a aplicar, como es lógico, durante el periodo de modificación de la norma que los va a eliminar, se puede afirmar que el Decreto 2/2014 no ha producido efecto alguno que perjudique la libre competencia.*

Tercera. *Por otra parte, y tal como indicaba la Resolución de 29 de abril de 2015, del Consejo de la CNMC, respecto a la necesidad e investigar la posible participación de la organización colegial en la tramitación e impulso de la norma denunciada, ha quedado acreditado, en las investigaciones llevadas a cabo y en la documentación que consta en el expediente, que el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia no impulsó ni participó en la elaboración de la norma, más allá del oportuno trámite de audiencia que se concede a todos los colectivos con intereses afectados por los nuevos proyectos normativos, de acuerdo con lo dispuesto en la ley.*

Esta valoración de los hechos investigados se basa en la información recabada por el órgano instructor del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia y de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma durante la tramitación del procedimiento, así como en sucesivos informes remitidos por los servicios de la Consejería de Sanidad referidos a la necesidad y proporcionalidad de la norma y a su futura modificación.

Así, según el órgano instructor, la información y documentación aportada por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia en contestación al requerimiento del SRDCM de 23 de junio de 2015 no acreditan la existencia de indicios de que el Colegio participase en el impulso o elaboración de la norma, más allá del preceptivo trámite de audiencia como organización representativa de los intereses profesionales del colectivo afectado, señalando que incluso se aportaron las alegaciones presentadas por un farmacéutico colegiado en contra de la aprobación de los turnos rotatorios.

Respecto a la motivación de la norma, el SRDCM señala que, según el Informe de la Consejería de Sanidad de 9 de julio de 2015, justificativo de la necesidad y proporcionalidad del Decreto 2/2014, el reglamento fue adoptado al considerarlo *“necesario desarrollo reglamentario de las previsiones contenidas en la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de ordenación farmacéutica de la Región de Murcia y también de las previsiones establecidas en la legislación estatal en el artículo 6 del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, en materia de atención farmacéutica en centros sociosanitarios”*.

Dicho Informe añade que la *“legislación estatal establece la obligatoriedad de que la atención farmacéutica en los referidos centros se preste, en los términos fijados en la propia norma, a través de servicios de farmacia o depósitos de medicamentos. En este último caso, para los centros sociosanitarios de titularidad privada en el Real Decreto-Ley establece que tales depósitos estarán vinculados a una oficina de farmacia de la zona farmacéutica, lo que significa que la posible libertad de elección de farmacia está limitada a las pocas oficinas que existen en una zona farmacéutica”*.

El citado informe defiende que el sistema de rotación se realice *“a través de un sistema de rotación entre las oficinas de farmacia de esa zona farmacéutica que lo soliciten. Al respecto, la Administración Regional ostenta las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de ordenación farmacéutica y de ejecución de la gestión de la asistencia sanitaria, siendo títulos suficientes para establecer estas previsiones normativas, que además encuentran su justificación habilitante en la propia Ley de ordenación farmacéutica de la Región de Murcia que, con rango de Ley, establece tal previsión restrictiva de derechos, respetando así el principio de reserva de Ley de la Constitución Española y las previsiones de la Ley de defensa de la competencia”*.

Por último el citado informe afirma que este sistema de ordenación farmacéutica *“se fundamenta en razones generales de interés sanitario para garantizar una adecuada atención farmacéutica y un uso racional del medicamento en relación a un sector de la población que merece una especial protección sanitaria.”*

Analizados los informes y la documentación remitida por la Consejería de Sanidad y de Política Social y por el Colegio Oficial de Farmacéuticos, el SRDCM emitió el 8 de octubre de 2015 un informe dirigido a la Consejería de Sanidad en el que, *“propone a los órganos competentes de la Consejería de Sanidad la modificación del Decreto regional 2/2014, de 24 de enero, en el sentido de eliminar la obligación de fijar turnos rotatorios entre farmacias para el suministro de prestaciones farmacéuticas destinadas a centros sociosanitarios. En este sentido, el SRDC ofrece su plena colaboración al personal técnico y a los servicios jurídicos de dicha Consejería para revisar y evaluar la nueva redacción de los artículos afectados.”*

Posteriormente, con fecha 11 de marzo de 2016, el SRDCM envía un segundo informe a la Consejería de Sanidad y de Política Social en el que se señala que: *“[...] SE PROPONE nuevamente la modificación y, en lo que proceda, derogación de los artículos 5, 12 y 13 del Decreto 2/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla la regulación de los servicios de farmacia y depósitos de medicamentos y productos sanitarios de los centros sociosanitarios de la Región de Murcia en todo lo relativo al régimen de turnos rotatorios y con objeto de que este reglamento resulte acorde con la normativa sobre libre competencia y por tanto inatacable por parte no solo de las autoridades de competencia, sino también de las personas y entidades que pudieran resultar afectadas en el libre ejercicio de su actividad profesional.”*

Con fecha 20 de abril de 2016, la Consejería de Sanidad comunica a la Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor a la que se adscribe el SRDCM *“[...]que por los órganos competentes de esta Consejería se va a iniciar la elaboración y posterior tramitación de un proyecto de Decreto para la modificación puntual del Decreto 2/2014, por el que se desarrolla la regulación de los servicios de farmacia y de los depósitos de medicamentos y productos sanitarios de los centros sociosanitarios de la Región de Murcia. Dicha*

modificación supondrá el manteniendo del régimen de vinculación previsto en la legislación estatal y autonómica, pero posibilitando la libre competencia entre oficinas de farmacia de la misma zona farmacéutica sin la exigencia de turnos rotatorios y ello con las debidas garantías para la atención farmacéutica.”

Con fecha 9 de mayo de 2016, el SRDCM remite escrito a la Consejería de Sanidad en el que le indica que, para proceder a la propuesta de archivo del expediente, cuyo archivo definitivo debería condicionarse a la modificación definitiva del Decreto, es necesario que por esa Consejería se emita un informe que confirme la tramitación de la modificación del Decreto citado, la no implantación efectiva de los turnos rotatorios cuestionados y la no participación en el impulso de la norma del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región.

En su contestación, remitida con fecha de 23 de mayo de 2016, la Consejería de Sanidad y Política Social emite informe acreditando lo siguiente:

- *“La modificación del Decreto 2/2014, por el que se desarrolla la regulación de los servicios de farmacia y depósitos de medicamentos y productos sanitarios de los centros sociosanitarios de la Región de Murcia, como ya se expuso en el anterior informe, se efectúa en el sentido de eliminar los turnos rotatorios.*

El proyecto se encuentra en fase de elaboración, así como la correspondiente Memoria de Impacto Normativo; una vez ultimado el proyecto se procederá al necesario trámite de audiencia. El proyecto debe ser informado por la Dirección de los Servicios Jurídicos y por el Consejo Jurídico de la Región de Murcia previa a su publicación definitiva, no pudiéndose, por tanto, prever la fecha de la misma, la cual, en todo caso, y según la experiencia habida en la publicación de otros Decretos impulsados desde esta Consejería de Sanidad, por la demora que se produce en la realización de los trámites enumerados, no podrá darse antes de al menos un año o año y medio.

- *Los turnos rotatorios no se han llegado a aplicar efectivamente y menos aún, lógicamente, lo van a ser en el periodo de reforma de la norma que los eliminará.*

Por ello, con independencia del tiempo necesario para la aprobación y publicación definitiva de la norma, puede afirmarse que el Decreto 2/2014 no ha producido en ningún momento efecto alguno que perjudique la libre competencia.

- *El Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia no impulsó la norma, ha participado en las conversaciones previas a la elaboración de la misma y en el trámite de audiencia, como los demás colectivos afectados por la misma, por exigencias de la ley.”*

A la vista del compromiso ofrecido por la Consejería de Sanidad el SRDC estima procedente proponer el archivo de la denuncia presentada por ADERMUR, dado que el Decreto objeto de denuncia no ha producido, ni va a producir, efecto alguno sobre la libre competencia, al estar tramitándose su modificación para la eliminación del sistema de turnos rotatorios.

TERCERO.- Valoración de la Sala de Competencia

El objeto de la presente resolución es determinar si, como sostiene el SRDCM, procedería el archivo de las actuaciones, puesto que de los hechos puestos en conocimiento de la autoridad de competencia, a través de la denuncia de ADERMUR, no se aprecian adicionales indicios de infracción de la LDC y se está tramitando la modificación del Decreto denunciado.

Como se ha advertido en el anterior Fundamento de Derecho el SRDCM justifica su propuesta de archivo en el hecho de que el Decreto objeto de denuncia no ha producido, ni va a producir, efecto alguno sobre la libre competencia, y que se está tramitando su modificación para la eliminación del sistema de turnos rotatorios. Asimismo, el SRDCM considera acreditado, tras las investigaciones llevadas a cabo -y de acuerdo con la documentación incorporada al expediente durante su tramitación- que el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia no impulsó ni participó en la elaboración del Decreto 2/2014, que regula el nuevo sistema de prestación de la asistencia farmacéutica denunciado por ADERMUR, más allá del oportuno trámite de audiencia que se concede a todos los colectivos con intereses afectados por los nuevos proyectos normativos, de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

Esta Sala de Competencia debe señalar, en primer término, que una vez dictado por el órgano instructor acuerdo de incoación de expediente sancionador por supuestas conductas prohibidas por la LDC con fecha 5 de junio de 2015, la LDC no prevé la posibilidad de que el órgano de resolución pueda dictar la resolución de archivo de actuaciones regulada en el 49.3 de la Ley para aquellos casos en los que no se aprecia la existencia de indicios de infracción de la LDC.

Según el apartado 1 del mismo artículo 49 el acuerdo de incoación de procedimiento debe dictarse cuando el órgano instructor observe indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas. Una vez dictado dicho acuerdo de incoación corresponde a la Sala de Competencia dictar resolución, tras examinar la propuesta del órgano instructor, en la debe declarar una de las tres alternativas previstas en el artículo 53.1 de la LDC:

- a) La existencia de conductas prohibidas por la presente Ley o por los artículos 81 y 82 del Tratado CE.*
- b) La existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.*

c) No resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas.

Por otro lado, no sería aplicable el artículo 44 de la LDC al no haberse aprobado todavía en el momento de la adopción de esta Resolución la modificación del Decreto 2/2014 que suponga la eliminación del turno rotatorio.

Esta Sala debe entender, por lo tanto que, en la propuesta formulada el 31 de mayo de 2016, el SRDCM considera que, tras la instrucción del expediente sancionador ejecutada tras el acuerdo de incoación dictado el pasado 5 de junio de 2015, no ha resultado acreditada la existencia de prácticas prohibidas en relación con la elaboración o ejecución del Decreto 2/2014 denunciado, que regula el nuevo sistema de prestación de la asistencia farmacéutica.

Como ya hiciera en su anterior Resolución de 29 de abril de 2015, en la que acordó inadmitir la anterior propuesta de archivo realizada por el SRDCM e instó al órgano instructor a continuar con la investigación, esta Sala considera que, antes de valorar la procedencia de la nueva Propuesta elevada por el SRDCM, es necesario recordar y examinar nuevamente la evaluación del establecimiento de turnos rotatorios para el suministro directo de prestaciones farmacéuticas para centros socio sanitarios públicos y privados realizada por las autoridades administrativas y judiciales que aplican la normativa de competencia.

Como se recordaba en la citada Resolución de 29 de abril, tanto las autoridades de competencia administrativas como lo órganos judiciales que han revisado la actuación de las mismas han considerado que determinadas prácticas de establecimiento de turnos rotatorios para el suministro a centros sanitarios públicos y privados constituyen una infracción de la LDC, al excluir la posible competencia para hacerse con el suministro de la prestación farmacéutica a los centros y residencias incluidos en el turno rotatorio.

Así, en el expediente 639/08 Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha (Resolución de 14 de abril de 2009), la antigua CNC declaró la existencia de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de la que consideró responsables al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) y al Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha. La práctica sancionada consistente en acordar que los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha establecieran, entre las oficinas de farmacia que lo deseen, turnos rotatorios para el suministro directo a los centros socio sanitarios públicos y privados de la prestación farmacéutica incluida en el Sistema Nacional de Salud.

Contra dicha resolución interpusieron recurso ante la Audiencia Nacional la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha y el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de la misma Comunidad, que fue desestimado por sentencia de dicho órgano judicial de 6 de junio de 2012. Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo por las mismas entidades (recurso 294/2013), el mismo fue desestimado por la sentencia del Alto Tribunal de 9 de marzo de 2015.

Igualmente el Tribunal Supremo, también mediante sentencia de 9 de marzo de 2015, desestimó el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Madrid (recurso 3528/2012) contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de julio de 2011, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración del Estado contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid (TDC-CM) de 20 de mayo de 2011. Esta resolución del TDC-CM desestimó el requerimiento previo formulado por la antigua CNC en relación con la resolución del mismo TDC-CM de 22 de diciembre de 2010 que acordó el sobreseimiento y archivo del expediente SANC 02/10, incoado por supuestas prácticas restrictivas de la competencia del Servicio Regional de Bienestar Social (SRBS) y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid (COFM) en relación con el Convenio suscrito el 13 de julio de 2001 (vigente hasta el 31 de diciembre de 2010, fecha en la que fue resuelto) en la cual se establecían turnos rotatorios entre las farmacias para el suministro directo a centros socio-sanitarios dependientes de la Administración autonómica.

En las dos sentencias de 9 de marzo de 2015 citadas, el Tribunal Supremo confirma que el establecimiento de un turno rotatorio entre farmacias para el suministro directo de prestaciones farmacéuticas para centros socio sanitarios públicos y privados incide claramente en la libre competencia que puede existir entre los establecimientos de farmacia, pues excluye la posibilidad de competir para hacerse con el suministro de la prestación farmacéutica a los centros y residencias incluidos en el turno rotatorio.

Así en la sentencia referida al expediente 639/08 Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha (recurso 294/2013), en la que el Tribunal Supremo confirma la existencia de la infracción del artículo 1 de la LDC de 1989 declarada por la CNC, el Alto Tribunal considera que el convenio suscrito produce un efecto claramente restrictivo de la competencia entre las farmacias, y citando la resolución de la CNC, considera que *“El efecto sobre la competencia de esta normativa es nítido: (1) el mercado se segmenta territorialmente en “micromercados” delimitados en función del núcleo de población donde esté ubicado el centro socio sanitario; (2) las farmacias quedan excluidas de la posibilidad de suministrar la prestación farmacéutica pública a los centros socio sanitarios que no estén ubicados en la población en la que radiquen, y (3) las farmacias (si son varias) ubicadas en el centro de población al que se adscribe el centro socio sanitario quedan impedidas de competir entre ellas al serles impuesto por el Colegio un reparto temporal de la prestación farmacéutica pública”*.

Por su parte en la sentencia relacionada con la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid (TDC-CM) de 20 de mayo de 2011 (recurso 3528/2012), el Tribunal Supremo afirma que *“de lo declarado en la sentencia dictada en el recurso de casación 294/2013 se deriva también que la tramitación y resolución de un expediente sancionador como el del caso que examinamos no supone ignorar ni, desde luego, cuestionar las competencias de*

la Administración autonómica en relación con la regulación y gestión del servicio público sanitario; es, sencillamente, la reacción del órgano fiscalizador en materia de competencia frente a una conducta que, aunque se dice llevada a cabo en el ejercicio de potestades públicas, puede resultar vulneradora del derecho de la competencia. En fin, aunque es la resolución que ponga fin al expediente sancionador la que en definitiva habrá de dilucidar si existe o no conducta infractora, a efectos de determinar si procede la continuación del expediente sancionador, o su archivo, no puede considerarse determinante la invocación del artículo 4.1 de la Ley 15/2007, que es el precepto que se cita como vulnerado en el motivo de casación tercero”. Y, anteriormente en la misma sentencia referida al Convenio de la Comunidad del Madrid, el Tribunal Supremo reitera que “sin que con ello estemos prejuzgando sobre lo que finalmente haya de resolverse en el expediente sancionador, parece claro que el establecimiento de un turno rotatorio entre farmacias incide sobre el margen de libertad de competencia que puede existir entre estos establecimientos, pues excluye la posibilidad de competir para hacerse con el suministro de la prestación farmacéutica a los centros y residencias a que se refiere el convenio”.

En ambos expedientes el Tribunal Supremo considera que las conductas investigadas (y sancionadas por la CNC en el caso del Convenio de Castilla La Mancha) no pueden ampararse en ningún caso en el carácter exento de la conducta, en virtud de la aplicación del artículo 4.1 de la LDC en relación con las leyes relativas a la gestión de los servicios públicos de salud y bienestar social en el ámbito de las Comunidades Autónomas afectadas.

Así en la sentencia relativa al recurso 294/2013 (Convenio de Castilla-La Mancha) el Tribunal Supremo señala que “no existe una norma legal que determine que sólo las farmacias más cercanas dispensen medicamentos a las residencias sanitarias, y, menos aún, que deban hacerlo en régimen de turnos rotatorios. Por tanto, no es en una norma legal sino en el acuerdo al que se refiere la controversia donde se establece ese régimen de dispensación y de turnos rotatorios. Pues bien, el hecho de que el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y el Servicio de Salud de Castilla La Mancha alcanzasen ese acuerdo no implica que, por el mero hecho de haber actuado una y otra entidad en el ejercicio de sus respectivas atribuciones, el acuerdo alcanzado sea sin más conforme con el derecho de la competencia”. Añade además que “según establece el artículo 4.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia << (...) 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal>>”.

Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo que acaban de exponerse –y también el SRDCM en su primera propuesta de archivo dirigida a esta Sala– el establecimiento de turno rotatorio entre farmacias como el previsto en el Decreto 2/2014 para la Región de Murcia limita en grado máximo la libre competencia

entre las oficinas de farmacia y la libre prestación de servicios para la adquisición de medicamentos y productos farmacéuticos por parte de las residencias privadas de la tercera edad, lo que podría constituir -“*sin que con ello estemos prejuzgando sobre lo que finalmente haya de resolverse en el expediente sancionador*” en palabras del Tribunal Supremo- una infracción de la LDC.

En la nueva propuesta de archivo remitida a esta Sala, el SRDCM justifica su propuesta en dos razones:

- de acuerdo con la documentación incorporada al expediente durante su tramitación, no se han encontrado indicios de que el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia impulsara el establecimiento de turnos en el Decreto 2/2014, ni que participara en su elaboración, más allá del oportuno trámite de audiencia que se concede a todos los colectivos con intereses afectados por los nuevos proyectos normativos, de acuerdo con lo dispuesto en la ley.
- Por otro lado, el SRDCM considera que el Decreto objeto de denuncia no ha producido, ni va a producir, efecto alguno sobre la libre competencia, y que se está tramitando su modificación para la eliminación del sistema de turnos rotatorios.

La Sala valora el esfuerzo investigador realizado por el SRDCM y considera que, ausente del expediente acreditación suficiente de la existencia de conductas prohibidas por la LDC en las conductas investigadas del Colegio Oficial de Farmacéuticos durante la tramitación del Decreto 2/2014, puede declararse que no ha resultado acreditada la existencia de tales prácticas prohibidas durante la investigación, conforme lo previsto en el artículo 53.1 de la LDC.

Sin embargo esta declaración de no acreditación de conductas prohibidas debe limitarse estrictamente a los hechos investigados e instruidos por el SRDCM en relación con el contenido del Decreto 2/2014 y la actividad del Colegio Oficial de Farmacéuticos manifestada en las Actas de sus órganos de gobierno y en los informes remitidos a la Consejería de Sanidad, documentación que ha sido incorporada al expediente. Igualmente, esta declaración de no acreditación lo es sin perjuicio de la aparición de nuevos indicios racionales de existencia de conductas prohibidas de la LDC en el aprovisionamiento de productos farmacéuticos de las residencias sociosanitarias.

En relación con ello, hay que tener en cuenta que:

1) En la denuncia presentada por ADERMUR, se advertía la posible existencia de una concertación entre las oficinas de farmacia de la Región de Murcia para diseñar un sistema de suministro y un acuerdo de reparto de mercado, con carácter previo a su adopción por la Administración autonómica mediante el Decreto 2/2014. Por ello, en la Resolución de 29 de abril de 2015, esta Sala de

Competencia instó al órgano instructor a continuar con la investigación de los hechos denunciados para esclarecer la posible participación de las oficinas de farmacia de la Región en el diseño o impulso de la norma, *“ya fuera directamente o a través de su organización colegial o cualquier otra entidad asociativa defensora de los intereses profesionales de las farmacias”*. Igualmente esta Sala consideró necesario investigar la actividad de la organización colegial (Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia) previa a la aprobación del citado Decreto, a través de los acuerdos y deliberaciones desarrollados en sus asambleas y órganos de gobierno.

A la vista de la propuesta emitida por el órgano instructor se comprueba que la investigación realizada se ha concentrado únicamente en la parte de los hechos requerida en la Resolución de 29 de abril de 2015 referida al Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, sin que haya desplegado idéntica actividad investigadora respecto de la participación de las oficinas de farmacia de la Región en el diseño o impulso de la norma, *“ya fuera directamente o a través de (...) cualquier otra entidad asociativa defensora de los intereses profesionales de las farmacias”*, distinta de la organización colegial.

- De la documentación incorporada al expediente durante la investigación realizada por el SRDCM se constata que en la Región de Murcia existen otras entidades asociativas de oficinas de farmacia distintas del Colegio Oficial de Farmacéuticos que fueron consultadas durante el procedimiento de elaboración de la norma (Asociación Empresarial de oficinas de farmacia, Asociación de Farmacéuticos de la Comarca de Cartagena) sin que conste en el expediente ninguna información sobre las mismas ni sobre su posible participación en los hechos investigados.
- La propia Dirección General en el Informe explicativo sobre la participación del Colegio Oficial de Farmacéuticos en la tramitación de la norma, fechado el 10 de julio de 2015 precisa que *“se oyó a todos los agentes sociales interesados en el objeto de la norma, tanto de un modo informal a través de reuniones previas para la fijación del texto del anteproyecto como a través de la audiencia formal exigida legalmente en la tramitación normativa”*. Si bien la documentación aportada al expediente acredita la participación formal del Colegio Oficial de Farmacéuticos en el trámite de audiencia la investigación no ha concretado si la participación informal previa descrita destinada a la fijación del texto del primer borrador se limitó también al Colegio Oficial o alcanzó a otras asociaciones o, incluso, farmacias individuales.

2) El sistema de rotación entre farmacias fue regulado en el Decreto 435/2009, de 11 de diciembre, si bien sin la previsión del protocolo consensuado a acordar entre las farmacias que pertenezcan a un mismo turno rotatorio para garantizar el correcto funcionamiento del mismo. Dicho Decreto 435/2009 se encuentra vigente desde enero de 2010 sin que conste la aplicación del sistema de rotación entre

farmacias previsto en el mismo, que podría constituir una práctica prohibida por el artículo 1 de la LDC.

En el Informe de la Consejería de Sanidad de 9 de julio de 2015, donde la Administración autonómica justifica la necesidad y proporcionalidad del Decreto 2/2014, se afirma que una de las razones que motivaron la regulación del turno rotatorio fue la identificación por la Autoridad Sanitaria de *“prácticas de Centros Sociosanitarios que muy al contrario de favorecer la libertad de acceso a la atención farmacéutica están realizando actuaciones que restringen la libre competencia entre las oficinas de farmacia ...”*. Sin embargo, no se identifica en el expediente cómo tuvo conocimiento la Autoridad Sanitaria de tales prácticas, qué farmacias participaron en dichos hechos y si en ellos existen o no indicios de prácticas prohibidas por la LDC que fueran susceptibles de ser sancionados.

Asimismo, la declaración de no acreditación lo es sin perjuicio de la necesaria continuación de la vigilancia de los diferentes aspectos de este expediente en tanto no se materialice la modificación normativa para la eliminación de los turnos rotatorios. En este sentido, no puede dejar de señalarse de nuevo que la regulación contenida en el Decreto 2/2014 impulsa de forma expresa la adopción de determinados acuerdos, protocolos y pactos entre oficinas de farmacia cuyo contenido, apenas regulado en el citado Decreto, podría contener también elementos susceptibles de ser considerados infracciones de la LDC.

Así el artículo 12 del Decreto prevé que las *“oficinas de farmacia que pertenezcan al mismo turno rotatorio deberán elaborar un documento/protocolo consensuado del régimen de funcionamiento del depósito de medicamentos que garantice el correcto funcionamiento del mismo, el cual deberá ser comunicado al Colegio de Farmacéuticos, a los titulares de los centros sociosanitarios y a la Consejería competente en materia de sanidad”*.

Si bien la labor desempeñada por el SRDCM ha logrado el compromiso de la Dirección General competente para la modificación del Decreto 2/2014 y la eliminación del sistema de turnos rotatorios y la investigación desarrollada ha atestiguado la ausencia de adopción de protocolos consensuados hasta el momento, el mantenimiento de la regulación controvertida hasta el momento presente (sin que se tengan noticias de la efectiva modificación de la norma) prolonga en el tiempo el riesgo de adopción de acuerdos anticompetitivos dirigidos al reparto de mercado prohibidos por la LDC. En estas circunstancias la Sala no considera posible que la vigilancia sobre las relaciones entre oficinas de farmacia y centros sociosanitarios pueda abandonarse hasta la efectiva modificación del citado Decreto 2/2014.

Por último, la Sala no puede dejar de volver a señalar que la regulación contenida en el Decreto 2/2014, así como cualquier actuación administrativa en ejecución del mismo, deberían ser evaluadas también de acuerdo con lo previsto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Esta ley

desarrolla en su Capítulo IV la instrumentación de los principios de necesidad y proporcionalidad en las intervenciones de las autoridades sobre la actividad económica, en particular considerando contrarios a la libertad de establecimiento los requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador.

A este respecto la CNMC, en el ejercicio de las competencias establecidas en el Capítulo VII de la Ley 20/2013, se ha mostrado crítica respecto de las reservas de actividad en razón del territorio o la zona geográfica del operador asignado, al considerarlas, con carácter general, contrarias a los principios de necesidad y proporcionalidad de la Ley de garantía de la unidad de mercado. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los informes de la CNMC de 21 de abril de 2014 (UM/007/14 y UM/008/14, relativos a restricciones territoriales a la eficacia de una autorización de funcionamiento que permite la prestación de un servicio de obtención de muestras sanitarias), 18 de julio de 2014 (UM022/14, relativo a discriminaciones entre proveedores alternativos de servicios funerarios), y de 3 de noviembre de 2014 (UM/047/14, sobre licitación de contratos de renting de vehículos para Administraciones Públicas).

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, esta Sala de Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar no acreditada la existencia de prácticas prohibidas en los hechos investigados por el Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Región de Murcia en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho tercero de la presente resolución.

SEGUNDO.- Instar al órgano instructor a vigilar el cumplimiento del contenido de la presente resolución de acuerdo con el mencionado Fundamento de Derecho.

Comuníquese esta Resolución al Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Consejería de Industria, Empresa e Innovación de la Región de Murcia y notifíquese al denunciante y denunciado haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.