

RESOLUCION (Expte. SAMUR 01/14, FARMACIAS)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada, Presidente

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarruzabeitia Beldarraín

SECRETARIO

D. Tomás Suarez-Inclán González

En Madrid, a 29 de abril de 2015.

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 SAMUR 01/14, FARMACIAS, en relación con la denuncia presentada por la Asociación de la Dependencia de la Región de Murcia por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) causadas por 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. El 29 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 (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, por presuntas conductas contrarias a los artículos 1, 2 y 3 de la LDC.
2. Con fecha 10 de junio de 2014, 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), por 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, 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.
4. 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.
5. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 29 de abril de 2015.

HECHOS DENUNCIADOS

1. Denuncia presentada por ADERMUR

Tal y como se recoge en el Antecedente de Hecho primero, 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 (en adelante Decreto 2/2014).

El citado Decreto 2/2014, de 24 de enero, fue publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia de 28 de enero de 2014 (num. 22) y entró en vigor el 1 de febrero de 2014, según lo dispuesto en su disposición final segunda.

En su denuncia ADERMUR considera 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.

ADERMUR señala 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, el denunciante considera que se 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.

2. Normativa afectada

En relación con la denuncia presentada, el Decreto 2/2014 se estructura en 30 artículos, integrados en seis capítulos, que regulan las siguientes materias:

- Capítulo I.- Disposiciones generales (art. 1-6)
- Capítulo II.- Los servicios de farmacia de centros sociosanitarios (art. 7-10).
- Capítulo III.- Los depósitos de medicamentos y productos sanitarios de centros sociosanitarios (art. 11-16).
- Capítulo IV.- Régimen jurídico de la autorización de funcionamiento (art. 17-18).
- Capítulo V.- Procedimiento para la autorización sanitaria de funcionamiento (art. 19-29).
- Capítulo VI.- Régimen sancionador (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:

“Artículo 4. Organización de la atención farmacéutica. Servicios de farmacia y depósitos de medicamentos.

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:

“Artículo 5. Régimen de vinculación.

- 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, que 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 la regulación de 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 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 de este Decreto.

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 (art. 38 y 39).

En concreto el citado artículo 38 de la Ley 3/1997, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia, dispone:

“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”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia para resolver

El artículo 49.3 de la LDC establece que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas, cuando considere que no hay indicios de infracción.

En relación con ello, el artículo 27.1 del RDC, estipula que, *“Con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículos 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo.”*

Según el artículo 1 del Decreto 90/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Industria, Empresa e Innovación de la Región de Murcia la citada Consejería es el Departamento de la Comunidad Autónoma *“encargado de la propuesta, desarrollo y ejecución de las directrices generales del Consejo de Gobierno en materia de (...) defensa de la competencia”*, siendo ejercidas dichas competencia, conforme el artículo 6 del mismo Decreto, por la Dirección General de Consumo, Comercio y Artesanía.

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, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”*.

Igualmente, 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 Competencias 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 acordar el posible archivo de las actuaciones corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Valoración Jurídica del Órgano Instructor

En la Propuesta de archivo de denuncia emitida por el SRDCM, se realiza una valoración de los hechos y se motiva dicha propuesta de archivo bajo los siguientes razonamientos:

“Tras analizar detenidamente el contenido de la denuncia y la normativa aplicable, el Servicio Regional de Defensa de la Competencia comparte los argumentos expuestos por el denunciante en cuanto a que el Decreto 2/2014, de 24 de enero, limita en gran medida 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.

Sin embargo, el citado Decreto se ha dictado en desarrollo de una norma con rango legal, la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación

Farmacéutica de la Región de Murcia, que en su artículo 38 dispone que: “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”.

Por ello nos encontramos claramente en el supuesto previsto en el artículo 4 de la LDC: “Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley”, y por lo tanto no procede iniciar la tramitación de un expediente sancionador.”

No obstante, tras las actuaciones llevadas a cabo al examinar la denuncia, el SRDCM considera que, dado que la citada Ley 3/1997 “establece solamente la posibilidad (no la obligación) de fijar sistemas de vinculación con los servicios de farmacia y turnos rotatorios, este órgano entiende que sería posible y aconsejable revisar y, en su caso flexibilizar el Decreto denunciado con la finalidad de eliminar las restricciones a la libre competencia y facilitar la libre prestación de servicios farmacéuticos, lo cual redundaría en beneficio del sector de los servicios sociales.”

No obstante el SRDCM propone el archivo de las actuaciones en lo que respecta a la denuncia presentada por ADERMUR.

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, de conformidad con el artículo 49.3 de la LDC, en el supuesto de que en los hechos puestos en conocimiento de la autoridad de competencia a través de la denuncia de ADERMUR, no se apreciaran indicios de infracción de la LDC.

Como se ha advertido en el anterior Fundamento de Derecho el SRDCM justifica su propuesta de archivo de la denuncia en el hecho que el Decreto 2/2014, que regula el nuevo sistema de prestación de la asistencia farmacéutica denunciado por ADERMUR como conducta restrictiva de la competencia, es una norma reglamentaria que desarrolla y se encuentra amparada en una norma con rango legal, en este caso, el artículo 38 de la Ley 3/1997, de Ordenación Farmacéutica

de la Región de Murcia. Dicho art. 38 de la Ley 3/1997 prevé la posible existencia de sistemas de vinculación de centros hospitalarios, psiquiátricos y sociosanitarios con servicios de farmacia o con oficinas de farmacia de la zona farmacéutica, permitiendo incluso el posible establecimiento de procedimientos de rotación temporal en el que puedan participar, con carácter voluntario, todas las oficinas de farmacia de una zona.

No obstante, el SRDCM explica que, dado que la citada Ley 3/1997 *“establece solamente la posibilidad (no la obligación) de fijar sistemas de vinculación con los servicios de farmacia y turnos rotatorios”* pueden desarrollarse actuaciones de promoción de la competencia para eliminar las restricciones a la libre competencia y facilitar la libre prestación de servicios farmacéuticos.

Esta Sala considera que, antes de evaluar la procedencia de la Propuesta de archivo elevada por el SRDCM, es necesario examinar cuál ha sido la actuación de las autoridades de competencia en expedientes similares y, también, cuál ha sido la valoración de las mismas por los órganos jurisdiccionales de revisión.

A este respecto las autoridades de competencia se han pronunciado claramente respecto a la existencia de una clara infracción de la LDC en determinadas prácticas de establecimiento de turnos rotatorios para el suministro directo de prestaciones farmacéuticas para centros socio sanitarios públicos y privados.

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 serían autores el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) y el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha, 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 la AN de 6 de junio de 2012. Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo por las mismas entidades (recurso 294/2013), el mismo ha sido desestimado por la reciente sentencia de 9 de marzo de 2015.

Igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015 ha desestimado 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 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 señala el SRDCM en su propuesta de archivo –y se ve ratificado por las recientes sentencias del Tribunal Supremo que acaban de exponerse- el establecimiento de turno rotatorio entre farmacias como el previsto en el Decreto 2/2014 para la Región de Murcia limita en gran medida 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, 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.

A pesar de ello, el SRDCRM propone el archivo de la denuncia basándose en la existencia –a diferencia de los expedientes correspondientes a otras Comunidades Autónomas que se han examinado- de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia, que determinaría el carácter exento a la conducta, en virtud de la aplicación del artículo 4.1 de la LDC, al amparar en su artículo 38, la posible existencia de sistemas de vinculación entre centros sanitarios y oficinas de farmacia de la zona farmacéutica, con la posible fijación de turnos de rotación temporal.

Sin embargo, esta Sala no comparte la Propuesta de archivo de denuncia realizada por el SRDCM, al considerar que, al margen de la existencia del citado precepto legal que podría amparar la existencia de un turno rotatorio entre farmacias, en los hechos denunciados pueden existir indicios de prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC que no han sido investigados suficientemente para hacer posible el archivo de las actuaciones realizadas.

En la denuncia presentada por ADERMUR, junto al sistema de prestación de la asistencia farmacéutica mediante vinculación y turno rotatorio de farmacias implantado por el citado Decreto 2/2014, se denuncia asimismo la posible existencia de una concertación entre las oficinas de farmacia de la Región de Murcia para diseñar, a través de los colegios farmacéuticos afectados, 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.

La ausencia de toda investigación sobre esta parte de la denuncia en la información reservada desarrollada por el SRDCM impide adoptar una evaluación definitiva sobre los hechos denunciados. Para ello sería necesario que el órgano instructor desarrollase una investigación amplia sobre los estudios previos a la aprobación del Decreto 2/2014 por parte del Gobierno de la Región de Murcia y 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 sería necesario investigar, a través de los correspondientes requerimientos de información, la actividad de la mencionada organización colegial previa a la aprobación del citado Decreto, a través de los acuerdos y deliberaciones desarrollados en sus asambleas y órganos de gobierno. Para desarrollar esta investigación y posterior valoración de los resultados de la misma, sería imprescindible acceder a las actas de la organización colegial de farmacéuticos o de cualquier entidad asociativa relacionada.

Asimismo, no puede dejar de señalarse que la regulación contenida en el Decreto 2/2014 impulsa 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 y que tampoco han sido investigados por el órgano instructor.

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”*.

Igualmente el sistema de rotaciones regulado en el artículo 13 del Decreto exige la adhesión voluntaria de las farmacias al sistema y, en ausencia de toda adhesión, la resolución del Director General competente en materia de farmacia, sin que la investigación desarrollada por el SRDCM haya clarificado como se está desarrollando la ejecución del citado Decreto en estos aspectos, cuántos protocolos entre farmacias se han consensuado, cuántas farmacias se han adherido a los turnos rotatorios y cuántas vinculaciones directas ha debido adoptar el Director General competente.

Por último, la Sala no puede dejar de señalar que la regulación contenida en el Decreto 2/2014 -así como cualquier actuación administrativa en ejecución del mismo- debería ser evaluada 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

ÚNICO.- Inadmitir la Propuesta de archivo de denuncia realizada por el SRDCM, 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 los anteriores fundamentos 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.