

RESOLUCIÓN (Expte. 435/98 Farmacéuticos de Sabadell)

Pleno

Excmos. Sres.:

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

Madrid, 28 de junio de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente Dña. M^a Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 435/98 (1600/97 del Servicio de Defensa de la Competencia: el Servicio, (SDC) iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por D. David-Isaac Tobía García, en representación de D^a . Margarita Trilla Millas, contra el Colegio de Farmacéuticos de Barcelona y su delegación de Sabadell por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la adopción de un acuerdo por parte de la delegación del Colegio de farmacéuticos de Sabadell, restrictivo de la competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 15 de abril de 1997 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia una denuncia presentada por D. David-Isaac Tobía García en representación de D^a Margarita Trilla Millas contra el Colegio de Farmacéuticos de Barcelona y su delegación de Sabadell, por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la adopción de un acuerdo por parte de la delegación del Colegio de farmacéuticos de Sabadell, restrictivo de la competencia.

Según la denunciante, por dicho acuerdo, adoptado por los farmacéuticos de Sabadell, en reunión celebrada el 10 de diciembre de 1996, se convino no incluir en los carteles informativos de las guardias farmacéuticas de la citada localidad la

mención de que la farmacia “Trilla” se encontraba en servicio permanente.

2. El Servicio de Defensa de la Competencia, tras la práctica de información reservada, admitió a trámite la denuncia e incoó expediente sancionador, mediante Acuerdo de 9 de diciembre de 1997, declarando imputados a todos los farmacéuticos de Sabadell firmantes de los acuerdos adoptados en fecha 10 de diciembre de 1996 y 13 de junio de 1997 y, tras la práctica de las diligencias de instrucción que se estimaron pertinentes, decidió acordar el archivo parcial del expediente respecto a las imputaciones dirigidas al Colegio de Farmacéuticos de la provincia de Barcelona.

Dicho Acuerdo, adoptado el 23 de enero de 1998, fue recurrido por los farmacéuticos de Sabadell imputados ante este Tribunal, desistiendo, posteriormente, del mismo, siendo aceptado dicho desistimiento por Resolución de este Tribunal de fecha 8 de junio de 1998 (expediente r. 294/98).

3. Una vez concluida la instrucción del expediente sancionador, el Servicio de Defensa de la Competencia redactó el pliego de concreción de hechos, en el que se imputó a los farmacéuticos antes señalados la comisión de una infracción del art. 1.1.a) de LDC o, subsidiariamente, del art. 7 de dicha Ley.

4. Notificado el Pliego de Concreción de Hechos a las partes interesadas y formuladas por éstas las alegaciones que estimaron procedentes, el Servicio de Defensa de la Competencia elaboró el Informe Propuesta, de fecha 24 de junio de 1998, en el sentido siguiente: *“considera que los acuerdos adoptados de 10 de diciembre de 1996 y 13 de junio de 1997, por los que se adopta la decisión de no incluir a la farmacia “Trilla” en los carteles informativos que figuran en las fachadas de las oficinas de farmacia, indicando que permanece abierta 24 horas al día, constituyen una infracción del art. 1.1.a) de la LDC”, señalando en relación con la propuesta de imposición de multa, “que Respecto al Acuerdo suscrito el 10 de diciembre de 1996, se considera que la infracción es menos grave ya que, ante la ausencia de una interpretación del Decreto 321/96 por parte de los órganos competentes, los farmacéuticos de Sabadell adoptaron la decisión de no incluir a la farmacia de la Sra. Trilla en los carteles informativos indicando que realiza un horario superior al ordinario, en la buena fe de que su interpretación era la correcta, pues del Decreto parece deducirse que solamente hay que dar información de los turnos de guardia necesarios.*

Por el contrario, el Acuerdo suscrito el 13 de junio de 1997, a juicio del Servicio, constituye una infracción grave de la LDC, pues se adoptó en contra de las indicaciones Colegio Oficial de Farmacéuticos de Barcelona del que dependen los farmacéuticos de Sabadell, por lo que no puede argumentarse la existencia de buena fe. En opinión del Servicio es merecedor de la imposición de multa”.

5. Recibido el expediente en el Tribunal de Defensa de la Competencia, fue admitido a trámite mediante providencia de 9 de julio de 1998, terminando de

notificarse a las partes el día 27 del mismo mes.

Una vez formuladas alegaciones por los interesados y propuestas por éstos las pruebas de que pretendían valerse, se dictó auto de recibimiento del expediente a prueba, declarando las que se consideraron pertinentes y se dispuso su práctica.

Por providencia de fecha 28 de enero de 1999 se consideró también interesado en este expediente al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Barcelona.

Concluida la práctica de la prueba, el día 8 de abril de 1999 se dictó providencia emplazando a las partes para su valoración y, una vez cumplido el trámite, se ordenó la apertura del plazo para que las partes formularan sus alegaciones definitivas, a lo que todas ellas dieron cumplimiento.

6. El día 24 de mayo de 1999 se dictó providencia acordando la práctica de diligencias para mejor proveer, concediéndose a las partes un plazo de 10 días para que formularan las alegaciones pertinentes en cuanto a ellas, haciendo, todas ellas, uso de tal derecho.

7. Durante la tramitación de este expediente, ha fallecido uno de los farmacéuticos imputados, -D. Pere Pardell Escola-.

8. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el día 22 de junio del corriente.

9. Son interesados:

- D^a Margarita Trilla Millas
- D^a . Rosa Jordana Gisbert
- D^a . Esperanza Fuentemilla Tarancón
- D. Juan Garriga Barata
- D^a . M^a Pilar Torres Bescos
- D. José María Tous Geulen
- D^a . Aurelia García Salas
- D. Juan Mercader Casajuana
- D^a . Josefa Grimalt Sancho
- D^a Genoveva Valls Serra
- D. Jose Luis Baradad Solana
- D. Juan M.Garrell Capdevila
- D. Antonio Baques Manent
- D^a . Rosa Planas Escobet
- D^a Isabel Domenech Sague
- D. Carlos Domenech García
- D^a Esther Baques Roviralta
- D^a M^a Dolores Morales Guarch

- D^a Monserrat Bayan Taipolas
- D^a M^a Teresa Bonet Ortiz
- D^a Isabel Pons Samaranch
- D^a María Fuentemilla Tarancón
- D^a Teresa Argemi Alsina
- D^a Antonia Monserrat Marco
- D. Lucas Herrero Rubio
- D. Arturo Cladellas Casanovas
- D^a M^a Rosa Marti Escursell
- D. Miguel Blancart Capdet
- D. Joan Viñas Sant
- D. Alex Viles Utjes
- Colegio Oficial de Farmacéuticos de Barcelona

HECHOS PROBADOS

1. Con fecha 5 de octubre de 1996 entró en vigor en Cataluña el Decreto 321/96, de 1 de octubre, sobre horarios de atención al público, servicios de urgencia, vacaciones y horario de apertura voluntario de las oficinas de farmacia, regulando la posibilidad de que las oficinas de farmacia prestaran su servicio de forma permanente durante las veinticuatro horas del día.

La farmacia “Trilla”, propiedad de D^a . Margarita Trilla Millas, fue la única de la localidad de Sabadell que se acogió a la posibilidad de servicio permanente, iniciando desde el mes de enero de 1997 su horario ininterrumpido de 24 horas.

2. El 10 de diciembre de 1996, los farmacéuticos de la citada localidad, que pertenecen al Colegio de farmacéuticos de Barcelona, pero no constituyen “delegación” institucionalmente reconocida de dicho Colegio, celebraron una reunión en la que llegaron al siguiente Acuerdo: *-“no incluir a las farmacias de servicio permanente (24 horas) en los carteles informativos de las farmacias de guardia, a la espera del dictamen de la Comisión de arbitraje”-*.

Las razones en que fundamentaban dicho Acuerdo consistían, básicamente, en las siguientes:

- En que el Decreto 321/96, sobre horarios de atención al público, establece que en la fachada de cada oficina de farmacia ha de informarse sobre las farmacias más próximas que atiendan el servicio de urgencia, pero no alude para nada a las farmacias de “servicio permanente”.
- Y en que, obviamente, los conceptos de “servicio permanente” y “servicio de guardia” son distintos, toda vez que el primero es “voluntario”, mientras que el

segundo es obligatorio.

3. Ante dicho Acuerdo, D^a Margarita Trilla Millas efectuó diversas reclamaciones ante el Colegio de Farmacéuticos de Barcelona y en el Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat.

El 20 de mayo de 1997, la Junta de Gobierno del Colegio de Farmacéuticos de Barcelona acordó lo siguiente: *“En la ciudad de Barcelona..., En el resto de poblaciones, en la fachada de las farmacias se exhibirá la información completa de todas las oficinas de farmacia del municipio, con especificación de las que realizan horario ordinario y las que realizan horario superior (13 o 24 horas). Este cartel estará siempre expuesto. Por otra parte se confeccionarán y se expondrán los carteles de turnos de urgencia de la manera habitual. Por lo que respecta al municipio de Sabadell, se acuerda ordenar a los farmacéuticos que adecuen su actuación a este acuerdo”*.

Este ha sido también el criterio adoptado por el Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat en resolución de 4 de noviembre de 1997, resolviendo un caso similar.

Dicho Acuerdo fue notificado a los farmacéuticos de la localidad de Sabadell el día 4 de junio de 1997, quienes, con fecha 9 de junio, convocan la celebración de una reunión, incluyéndose como primer punto del orden del día de la misma, - *“valoración y discusión sobre la obligatoriedad de exhibir en la fachada de las oficinas de farmacia, las farmacias de horario superior (24 horas)”*-.

4. Dicha reunión se celebró el día 13 de junio de 1997 llegando a un Acuerdo en el que básicamente, se decidieron los siguientes extremos: *“continuar con el sistema de información de farmacias que se venía realizando, informando de todas las oficinas de farmacia de la ciudad que atienden servicios de urgencia, destacando las farmacias más próximas, como establece el Decreto 321/1996*.

Habida cuenta de que dicho Decreto no establece obligación de informar sobre las oficinas de farmacia que, por propia voluntad, mantienen un horario superior al ordinario; dado que dichas farmacias pueden informar a los usuarios en sus propios tablones de anuncios; dado que la oficina de farmacia de Sabadell que mantiene dicho horario superior, se ha anunciado unilateralmente, por medios inadecuados, al margen de toda ética profesional, se acuerda: - no especificar en el tablón de anuncios de cada farmacia, aquéllas farmacias que tienen un horario de apertura superior al ordinario, toda vez que dicha postura no contradice normativa alguna, siendo, además, dicho horario voluntario y, por tanto, no tiene por objeto cubrir ninguna deficiencia del servicio farmacéutico, sino que obedece a un interés particular de quien toma dicha decisión”.

5. Finalmente, consta en el expediente que, al menos desde el mes de noviembre de 1997, los farmacéuticos de la localidad de Sabadell cumplen el Acuerdo del Colegio de Farmacéuticos de Barcelona de 20 de mayo de 1997, anunciando en los carteles informativos de cada oficina las farmacias que permanecen abiertas las 24 horas del día.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Con carácter previo a las consideraciones que afectan al fondo del asunto deben aclararse una serie de puntos de carácter procedimental, habida cuenta de los efectos oclusivos que de su admisión se derivarían en relación con el análisis de la posible infracción a la libre competencia.

En primer lugar, los farmacéuticos expedientados alegan la falta de competencia de este Tribunal,

señalando que la Ley 31/1991, de 13 de diciembre, de ordenación farmacéutica de Cataluña, así como el Decreto 321/96, de 1 de octubre, del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, sobre horarios de atención al público, servicios de urgencia y vacaciones de las oficinas de farmacia, atribuyen el conocimiento y determinación de la responsabilidad de los farmacéuticos por las infracciones que contemplan al Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat. Por ello, consideran que es a dicho Organismo al único que corresponde examinar la regularidad o irregularidad de su conducta, careciendo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 2.1 de la LDC, este Tribunal de competencia para el conocimiento de los hechos denunciados.

Dicha alegación no puede prosperar. En efecto, es de indicar que en el presente expediente no se está examinando la responsabilidad disciplinaria de los farmacéuticos imputados por incumplimiento de la normativa que regula su actividad profesional, sino que el objeto del mismo consiste en determinar si la actuación de dichos farmacéuticos, -en su calidad de operadores económicos-, que no está amparada en normativa legal alguna y, por consiguiente, queda al margen del art. 2.1 de la LDC, constituye o no una infracción del art. 1. de la citada Ley de Defensa de la Competencia, correspondiendo el examen de dicha cuestión exclusivamente a este Tribunal.

En tal sentido, conviene recordar que el Tribunal Supremo ha declarado que “la competencia para determinar si existe infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, corresponde exclusivamente al Tribunal de Defensa de la Competencia, no estando encomendada a otro Órgano, administrativo o judicial, ni existiendo reparto de competencias atendiendo a la naturaleza del sujeto

imputado”,(SS 30 de diciembre de 1993, Sala 1”); habiéndose señalado reiteradamente por este Tribunal “que la LDC es una Ley General, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados y ha de ser respetada por todos ellos en sus actuaciones”.

SEGUNDO

En cuanto a los argumentos de uno de los farmacéuticos sometidos a expediente en las presentes actuaciones, concretamente el Sr. Viñas Sant, que alega falta de responsabilidad por su parte, con base en su no asistencia a la reunión en la que se adoptó el Acuerdo de 13 de junio de 1997, toda vez que, al delegar su voto, considera que se le imputan unos hechos en los que no ha tomado parte, también han de rechazarse, habida cuenta de que llevó a cabo la referida delegación de voto teniendo perfecto conocimiento de los asuntos a decidir dentro del Orden del día de la reunión y, por consiguiente, asumiendo la decisión que, con su voto delegado, se adoptase, máxime cuando con posterioridad no consta impugnación alguna de su parte contra lo acordado ni tampoco instrucciones previas en tal sentido. Sin olvidar, de otra parte, el carácter de responsabilidad objetiva, contraria a estrictos criterios culpabilísticos, que para esta clase de supuestos se establece, toda vez que, como se sabe, la antijuricidad tipificada en el art. 1 de la LDC, es objetiva, deducible del “acuerdo” en sí, y no de las particulares razones que hayan movido a los contratantes a celebrarlo, pues dicho precepto habla de “objeto” del contrato o acuerdo, -no de la intención de las partes-, exigiéndose, por razones de seguridad jurídica, que la ilicitud de las conductas sea deducible del examen de los acuerdos y no de una cierta investigación del ánimo de las partes.

TERCERO

Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, que no es otro que el de la determinación de si los acuerdos adoptados por los farmacéuticos expedientados constituyen o no infracción de las previstas en el art. 1 de la LDC, como sostiene el Servicio de Defensa de la Competencia, hay que comenzar señalando que se trata de sendos acuerdos:

- uno, adoptado el 10 de diciembre de 1996, que haciendo una interpretación literal del “servicio de urgencia” que han de prestar las oficinas de farmacia, tan sólo resuelve trasladar a un momento posterior la decisión acerca de la inclusión en los anuncios correspondientes a los establecimientos en servicios de guardia de la farmacia abierta las 24 horas del día.

- Y otro, de 13 de junio de 1997, que, como se expone en los hechos declarados probados, resuelve, en contra del criterio seguido por el Colegio de Farmacéuticos de la provincia de Barcelona, perfectamente

conocido por los interesados, y corroborado posteriormente por el Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, mantener con carácter definitivo la referida no inclusión del anuncio, en sus respectivas oficinas de farmacia, de la abierta las 24 horas del día.

Indudablemente, el primero de dichos acuerdos no puede ser reputado como infracción puesto que se apoya en una interpretación, quizá en exceso literalista, pero posible de la norma vigente en aquel momento. En efecto, el Decreto 321/1996, de 1 de Diciembre, antes citado, si bien establece la obligación de que en la fachada de cada oficina de farmacia se informe sobre las oficinas de farmacia que atiendan el servicio de urgencia (art. 5.2), distingue claramente entre la prestación de dicho **servicio**, de la posibilidad de las farmacias de realizar **horario superior** al ordinario (de 13 0 24 horas al día), que han de participar también de la organización de los servicios de urgencia, como se pone de manifiesto por el Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Barcelona (escrito obrante en el folio 64 del expediente), no existiendo en aquel momento obligación alguna para los titulares de las oficinas de farmacia de “informar” respecto a las que prestasen dicho servicio permanente.

El propio Tribunal Constitucional en su sentencia 93/1992, de 11 de junio, puso ya de relieve la distinción entre **los turnos de guardia** que, teniendo por finalidad asegurar el abastecimiento de medicinas a la población, son de obligada observancia para los titulares de las farmacias, **del horario de apertura de las farmacias**, cuya regulación por las diferentes disposiciones legales no tiene ya como finalidad esencial garantizar el interés público consistente en procurar la mejor atención farmacéutica, sino que responde más a garantizar el equilibrio económico de los distintos titulares de las farmacias.

En definitiva, el comportamiento de los farmacéuticos expedientados en relación con el acuerdo expresado, no puede ser calificado como constitutivo de infracción de la LDC.

CUARTO

Sin embargo, no concurre dicha situación respecto de la segunda decisión.

En efecto, los hechos declarados probados ponen en evidencia que los farmacéuticos expedientados, a través del citado acuerdo de 13 de junio de 1997, decidieron, **en contra** de lo resuelto por el Colegio de Farmacéuticos de la provincia de Barcelona (a quien, junto con el Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, que posteriormente siguió también el criterio adoptado por el Colegio, corresponde la ordenación de dicha materia), y de la que **tenían perfecto conocimiento**, no incluir en los carteles informativos expuestos en las

fachadas de sus respectivas farmacias, la indicación de que la farmacia de la denunciante permanecía abierta 24 horas al día.

Dicho comportamiento, como señala el Servicio de Defensa de la Competencia, constituye un acuerdo prohibido en el art. 1.1.a) de la LDC, en cuanto que limita las condiciones comerciales, poniendo barreras a la denunciante en el ejercicio de su actividad pues, si se parte de la consideración de la fuerte intervención en que se desarrolla la actividad farmacéutica, con una compleja situación jurídico-administrativa, derivada, sin duda, de su regulación recogida tanto en el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, como en las respectivas legislaciones autonómicas de ordenación farmacéutica, y en la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, es claro que la libre competencia entre los ejercientes de dicha actividad resulta muy limitada, reduciéndose fundamentalmente a la "calidad" en que el servicio se presta, ya que elemento tan esencial como el "precio" se encuentra prefijado de manera inalterable, así como impidiéndose otras actuaciones comerciales, como la venta a domicilio o las ventas exclusivas, entre otras conductas.

Por dicha razón, no hay duda de que la actuación de los expedientados, contraria a la decisión del Colegio adoptada dentro de las facultades que la ley le confiere (Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974), afecta al estricto margen de las incidencias que puede tener un competidor en ese mercado que, sin duda, dadas sus características, requiere de especial protección para que dentro de él se compita, de manera que ha de concluirse que la decisión de los farmacéuticos expedientados, poniendo barreras a quien, como la denunciante, intentando ganar cuotas de mercado, se acoge a una posibilidad legal, ofreciendo sus servicios durante las 24 horas del día, constituye conducta que ha de ser calificada como prohibida por el citado artículo de la LDC.

QUINTO

No obstante, pese a la calificación como actividad infractora del acuerdo adoptado por los expedientados, ha de tenerse en cuenta que el mismo no ha causado efecto definitivo y relevante sobre la competencia, siendo escasa su repercusión, pues en momento alguno ha limitado el derecho de la denunciante a abrir su oficina de farmacia con el horario por ella elegido, ni ha impedido a la población de Sabadell tener conocimiento del horario de apertura del establecimiento de la denunciante.

Por ello, este Tribunal, al amparo del art. 10, en relación con el art. 46 de la LDC, considera adecuado ejercer prudentemente la potestad sancionadora, bastando en este caso la declaración de práctica prohibida, sin imponer, por tanto, sanción económica, advirtiendo a estos operadores que en adelante se abstengan de realizar este tipo de acuerdos so pena de incurrir en grave infracción de la LDC.

Por todo lo anterior y vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

RESUELVE

Primero.- Declarar que el acuerdo adoptado el 13 de junio de 1997 constituye una práctica restrictiva de la competencia prohibida en el art.1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, en la que han participado los farmacéuticos expedientados:

Segundo.- Intimar a los autores de la práctica declarada prohibida para que se abstengan de realizarla en lo sucesivo.

Tercero.- Ordenar a los sancionados la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos periódicos de máxima circulación, uno de ellos de ámbito nacional y el otro de Barcelona.

Comuníquese esta resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la presente Resolución agota la vía administrativa y que, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, el cual podrá interponerse ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.