

RESOLUCIÓN (Exp. r 569/03, Farmaindustria)

Pleno

Excmos. Señores

VICEPRESIDENTE

Don Francisco Javier Huerta Trolèz

VOCALES

Don Antonio Castañeda Boniche

Don Julio Pascual y Vicente

Don Miguel Comenge Puig

Don Antonio del Cacho Frago

Don Fernando Torremocha y García-Sáenz

Don Emilio Conde Fernández-Oliva

Don Miguel Cuerdo Mir

En Madrid, a 26 de abril de 2004.

EL PLENO del Tribunal de Defensa de la Competencia ha dictado **RESOLUCION** en el Expediente r 569/03 poniendo fin al Recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACEUTICA (**FARMAINDUSTRIA**) contra el Acuerdo adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 21 de Abril del 2003.

Ha sido Ponente el **EXCMO. SEÑOR DON FERNANDO TORREMOCHA Y GARCÍA-SÁENZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La ASOCIACION NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACEUTICA (**FARMAINDUSTRIA**) el día 8 de Mayo del 2003 en escrito que tuvo su entrada en este TRIBUNAL el mismo día y fuera registrado con el nº 671 de entrada, interpone RECURSO con amparo en el Artículo 47 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia, contra el Acuerdo de fecha 21 de Abril del 2003 adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia (Subdirección General de Conductas Restrictivas) por el que se Archiva la denuncia presentada por Farmaindustria

el 24 de Febrero del 2003, por conductas anticompetitivas contrarias al Artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia, contra: (1) el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, (2) los Colegios Oficiales de Cáceres y Badajoz ; (3) el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, y (4) el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid.

Al escrito acompañaba fotocopia del Acuerdo (obranste al Folio 23 del Expediente) en el que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 37.3 LDC, según el cual “cuando el Servicio considera que no hay indicios de infracción de la LDC **podrá** no iniciar el procedimiento y acordar el Archivo de las actuaciones”.

Por ello dispone “Acordar el archivo de la denuncia presentada por Don Humberto Arnés Corellana, en nombre y representación de FARMAINDUSTRIA-ASOCIACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACEUTICA” (Folio 28).

“Contra el presunto ACUERDO podrá interponer RECURSO, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 47 LDC, ante el TDC, en el plazo de diez días hábiles a partir de la notificación del mismo, debiendo expresar en el Recurso las razones de su impugnación, conforme al Artículo 48 LDC, en relación con el Artículo 110 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de la LRJAP-PAC” (Folio 29).

SEGUNDO.- El día 28 de Abril del 2003, la ASOCIACION EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACEUTICA (**FARMAINDUSTRIA**) en escrito dirigido al Servicio de Defensa de la Competencia, de una parte

1º SOLICITABA “en vista del breve plazo para la interposición del citado recurso, le permita con urgencia, en ejercicio de su derecho reconocido en el Artículo 35 apartado a de la LRJPAC, acceder a los antecedentes, informes, alegaciones y consultas y cuantos documentos obren en el Expediente 2450/2003 y, a tal efecto, comunique con urgencia el momento en el cuál FARMAINDUSTRIA podrá acceder a dichos documentos.

2º y de otra, AUTORIZABA a los Letrados Don José Pérez Santos, Doña Teresa Paz-Ares Rodríguez, Don Alfonso Gutiérrez Hernández, Doña Ana Montero Fernández y Doña Beatriz Cocina Arrieta para que cualesquiera de ellos, indistintamente, puedan en su nombre tomar vista de los antecedentes, informes, alegaciones, consultas y cuantos documentos obren en el Expediente 2450/2003 así como presentar escritos, obtener copias y llevar a cabo las actuaciones que consideren oportunas, en relación con la vista de los mencionados documentos (Folios 30 y 31).

TERCERO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, el día 6 de Mayo del 2003 en escrito registrado de salida con el nº 1002 y dirigido a Doña Teresa Paz-Ares Rodríguez, en su condición de Letrada autorizada, le **comunicaba** lo siguiente:

1º la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece en su Artículo 35 que los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen el derecho “a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias de los documentos contenidos en ellos”.

2º al efecto, **precisaba**, en primer lugar que “no hay formalmente abierto ningún procedimiento” puesto que para ello se requiere un oportuno Acuerdo de admisión a trámite de la denuncia e incoación de expediente, dictado por el Director General de Defensa de la Competencia, lo que no ha llegado a producirse.

3º en todo caso, las actuaciones que se hubieren llevado a cabo hasta ese momento, caso de producirse, constituirían la fase de información reservada prevista en el Artículo 36.2 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia.

4º y tal como ha declarado el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución r 38/1999 de 6 de Septiembre (entre otras) las actuaciones llevadas a cabo en información reservada son actuaciones distintas y previas a la existencia de un procedimiento sancionador ; y sigue diciendo el TDC que “si no se incoa se procederá al Acuerdo de Archivo recurrible ante este Tribunal ; y si se incoa habrá interesados, en cuyo caso se podrá tomar vista, presentar alegaciones y recurrir también ante este Tribunal los actos de trámite”.

5º **concluyendo** que sólo en el caso de que se incoe el procedimiento tendrán las partes consideración de interesados. Por tanto, rechazada la condición de interesado del denunciante, decaen también los derechos que invoca a tomar vista del expediente y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo, tal como ya estableció el TDC en su Resolución r 213/1997 de 23 de Julio de 1997. (Folio 30).

CUARTO.- En otro orden de cosas, el mismo día 21 de Abril del 2003 el Servicio de Defensa de la Competencia, registrado de salida con el nº 831 en escrito dirigido a Don Humberto Arnés Corellano, como representante de la Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica

(FARMAINDUSTRIA) **le comunicaba** (también) el Acuerdo adoptado por esta Dirección General con fecha 21 de Abril del 2003 (obrante al Folio 33 y siguientes) que tras hacer un desarrollo pormenorizado y en párrafos separados (I. ANTECEDENTES; II. NORMATIVA APLICABLE; III. VALORACION JURIDICA) la no procedencia de incoación de expediente, debiendo acordarse el archivo de las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el Artículo 36 de la Ley de Defensa de la Competencia, y en su virtud

ACORDABA el archivo de las presentes actuaciones que tuvieron origen en la denuncia de Don Humberto Arnés Corellano, en su condición de Director General de FARMAINDUSTRIA (obrante al Folio 1). Notifíquese este ACUERDO al denunciante con expresión del recurso a que tiene derecho y dese cuenta al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Contra el presente ACUERDO podrá interponer Recurso, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 47 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia, modificada por la Ley 52/1999 de 28 de Diciembre ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, en el plazo de diez días hábiles a partir de la notificación del mismo, debiendo expresar en el Recurso las razones de su impugnación, todo ello conforme al Artículo 48 de dicha Ley en relación con el Artículo 110 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Folios 33 al 36).

QUINTO.- La Secretaría de este TRIBUNAL el día 8 de Mayo del 2003, que fuera registrado de salida con el número 1178, en escrito remitido al Servicio de Defensa de la Competencia “le adjuntaba fotocopia del escrito presentado por la ASOCIACION NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FRAMACEUTICA (FARMAINDUSTRIA) de 8 de los corrientes, por el que interpone Recurso contra el Acuerdo de ese Servicio del día 21 de Abril pasado, que archivaba las actuaciones seguidas por su denuncia contra.....”.

Y le requería, “en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 48.1 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia, la remisión del Informe sobre el citado recurso, así como las actuaciones seguidas en ese servicio”.

Y “no constando en este Tribunal la fecha de notificación del Acuerdo recurrido, debe indicarse dicha fecha a fin de apreciar, en su caso, la extemporaneidad del recurso y proceder a su rechazo sin más trámite, según dispone el número 2 del precepto antes citado”.

“Por otra parte, dado que el recurrente no acredita ante este Tribunal la representación con la que actúa, deberá indicarse si aquella consta en las actuaciones seguidas en ese servicio y es bastante para recurrir de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común” (Folio 37).

SEXTO.- El día 19 de Mayo del 2003 (Folio 38) Don Humberto Arnés Corellano, en nombre y representación de la ASOCIACION NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FRAMACEUTICA (FARMAINDUSTRIA) en escrito dirigido al TDC, que tuvo su entrada ese mismo día y registrado con el número 712 establecía en su APARTADO CUARTO que “a los efectos de la mejor preparación de dicho Recurso, con fecha 30 de Abril del 2003, FARMAINDUSTRIA solicitó formalmente al SDC que se le concediera vista del Expediente administrativo correspondiente, en ejercicio del derecho reconocido a los ciudadanos en los Artículos 35 a 37 de la Ley 30/1992 de 20 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común. Y ello del tenor que consta en el aportado como Documento nº 1 (Folios 47 y 48).

Pretensión que fuera denegada en resolución dictada por el SDC el día 6 de Mayo del 2003, aportando como fundamento de su aserto el relacionado y numerado como Documento nº 2 (Folio 49).

SEPTIMO.- El Servicio de Defensa de la Competencia en escrito elevado a este Tribunal, fechado el día 12 de Mayo del 2003 (Folios 50 al 52) que fuera registrado el día 14 de Mayo con el asiento de entrada nº 702 INFORMABA reiterando la totalidad de argumentos que conforman el Acuerdo 6 de Mayo del 2003 (obrante al Folio 32) “entendiendo ser procedente desestimar el Recurso interpuesto por Don Humberto Arnés Corellano, en nombre y representación de la Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica (FARMAINDUSTRIA) contra el Acuerdo de esta Dirección General de fecha 21 de Abril del 2003 por el que se decretaba el archivo de las actuaciones”.

OCTAVO.- El día 22 de Mayo del 2003, el TRIBUNAL mediante Providencia en la que acordaba: nombrar Ponente; poner de manifiesto el Expediente ex Artículo 48.3 LDC, a fin que por los interesados, por plazo de quince días hábiles, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes (Folio 53).

Son interesados : (1) la ASOCIACION NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FRAMACEUTICA (FARMAINDUSTRIA) ; (2) el CONSEJO ANDALUZ DE COLEGIOS OFICIALES DE FRAMACEUTICOS ; (3) el

COLEGIO OFICIAL DE FARMACEUTICOS DE CACERES ; (4) el COLEGIO OFICIAL DE FARMACEUTICOS DE BADAJOZ ; (5) el CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE FARMACEUTICOS ; y (6) el COLEGIO OFICIAL DE FARMACEUTICOS DE MADRID.

La misma fue notificada a la totalidad de las partes interesadas (Folios 55 a 67).

NOVENO.- Por consecuencia de ella, el CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE FARMACEUTICOS DE ESPAÑA (Folios 70 al 93) en escrito de alegaciones fechado el día 10 de Junio del 2003, que tuvo su entrada el día 12 de Junio y registrado con el nº 851 concluía “solicitando el archivo de la indicada denuncia”.

El COLEGIO OFICIAL DE FARMACEUTICOS DE MADRID (Folios 94 al 100) en escrito de alegaciones fechado el día 11 de Junio del 2003, que tuvo su entrada el siguiente día 13 de Junio y registrado con el nº 873 concluía “solicitando se dicte resolución desestimando el recurso presentado”.

La ASOCIACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACEUTICA (FARMAINDUSTRIA) en escrito de alegaciones (obrante a los Folios 101 al 106) fechado el día 13 de Junio del 2003 que tuvo su entrada el mismo día y registrado con el nº 879 concluía “solicitando se interesara al Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente, llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para investigar cuando se ha señalado por esta parte en la referida denuncia”.

El CONSEJO ANDALUZ DE COLEGIOS OFICIALES DE FARMACEUTICOS (Folio 107) en escrito 16 de Junio del 2003, que tuvo su entrada el día 16 de Junio “hacía suyas en un todo las alegaciones que el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos ha efectuado a ese Tribunal, en este mismo expediente, con fecha del pasado día 10 de Junio, para evitar inútiles repeticiones”.

El COLEGIO OFICIAL DE FARMACEUTICOS DE BADAJOZ (Folio 109 al 120) en escrito 13 de Junio del 2003, que tuvo su entrada el día 17 de Junio concluía “solicitando la desestimación del recurso, confirmando el archivo de la indicada denuncia”.

El COLEGIO OFICIAL DE FARMACEUTICOS DE CACERES (Folios 121 al 128) en escrito 13 de Junio del 2003, que tuvo su entrada el día 17 de Junio y registrado de entrada con el nº 900 concluía “solicitando se dicte resolución que desestime el recurso y mantenga en todos sus términos el acuerdo de referencia”.

DECIMO.- EL TRIBUNAL en providencia 22 de Marzo del 2004 ponía en conocimiento de la totalidad de partes interesadas, el cambio de Ponente “ante el cese del Vocal Ponente anterior, el Excmo. Señor Don Luis Martínez Arévalo, en virtud del Real Decreto 382/2004 de 5 de Marzo”.

Se les notificaba el nuevo Ponente y se les concedía el plazo de DIEZ DIAS, para su conocimiento y alegaciones (Folio 154).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- La norma del Artículo 47 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia establece, con el valor numerus clausus, la posibilidad de recurrir ante el Tribunal de Defensa de la Competencia “aquellos actos de archivo y de trámite dictados por el Servicio de Defensa de la Competencia que **determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión**”

Dos son las cuestiones que plantea la ASOCIACION NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACEUTICA ex Recurso, que deben ser examinadas y resueltas de forma separada.

1ª La primera de ellas, trae causa del escrito que Don Humberto Arnés Corellano, representante de la misma, eleva al SDC el día 28 de Abril del 2003, en el que tras autorizar ad nominatim a los Letrados que se encargarán de su defensa **SOLICITA** en su plena literalidad que “permita con urgencia a Farmaindustria, en el derecho reconocido en el Artículo 35.a de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común acceder a los antecedentes, informes, alegaciones, consultas y cuantos documentos obren el Expediente 2450/2003 y, a tal efecto, comunique con urgencia el momento en el cual podrá acceder a dichos documentos”.

Toda vez que al presente no hay abierto ningún procedimiento por inexistencia de Acuerdo dictado al efecto por el Director General de Defensa de la Competencia “en orden a la admisión a trámite de la denuncia e incoación de expediente” deviene evidente que no hay contenido recurrible y debe desestimarse, prima facie, el acceso a cuanta documentación obrare en el Servicio.

Item más y en todo caso, las actuaciones que se hubieren llevado a efecto, caso de haberse producido, constituirían la fase de información reservada prevista en el Artículo 36.2 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia y en concordancia con nuestras Resoluciones

“las mismas son actuaciones distintas y previas a la existencia de un procedimiento sancionador.....que, si no se incoa se procederá al Acuerdo de Archivo recurrible ante este Tribunal ; y, si se incoa, habrá partes interesadas, en cuyo caso se podrá tomar vista, presentar alegaciones y recurrir también ante el tribunal los actos de trámite” (Resoluciones r 381/1999 de 6 de Septiembre y r 213/1997 de 23 de Julio). Lo que llevaría a desestimar, también, el Recurso en base a nuestra propia doctrina.

2ª La segunda de ellas, en orden al Archivo **sensu strictu** de la denuncia de Farmaindustria debemos estar a lo reglado en el Artículo 47 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia, que previamente hemos establecido, llevando a CONCLUIR: que en contra de lo manifestado por la denunciante ASOCIACIÓN NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACÉUTICA (FARMAINDUSTRIA) “el acuerdo firmado por el SAS y el Consejo no supone una concertación o colusión entre competidores directos, cuando, a mayor abundamiento, ambas instituciones no compiten en mercado alguno”, sin que, por otra parte, se aprecien indicios racionales de los supuestos acuerdos previos para una fijación de precios en el seno de los denunciados Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

Todo ello lleva a la DESESTIMACIÓN del RECURSO interpuesto contra el Acuerdo de archivo, por cuanto “de los hechos no se infiere el haberse vulnerado norma que infrinja la libre competencia; y que el archivo haya producido indefensión a la parte denunciante-recurrente”, en concordancia con lo dispuesto en los Artículos 9 y 24 de la Constitución Española.

Lo que nos lleva a desestimar el Recurso interpuesto, en su doble vertiente.

Vistos los preceptos citados, **EL TRIBUNAL**

HA RESUELTO

DESESTIMAR el Recurso interpuesto por la ASOCIACION NACIONAL EMPRESARIAL DE LA INDUSTRIA FARMACEUTICA (**FARMAINDUSTRIA**) contra el Acuerdo adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 21 de Abril del 2003, que mantenemos en todos sus pronunciamientos “por inexistencia de derecho tutelable”.

Comuníquese esta RESOLUCION al Servicio de Defensa de la Competencia, con notificación a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe Recurso alguno en vía administrativa, pudiendo sí interponer Recurso Contencioso Administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente al de su notificación.