

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 682/06, Farmacéuticos de Córdoba)**

### **Pleno**

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vocal  
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal  
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Vocal  
D. Julio Costas Comesaña, Vocal  
D<sup>a</sup> María Jesús González López, Vocal  
D<sup>a</sup> Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Vocal

Madrid, a 14 de diciembre de 2006

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo ponente el Vocal D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la presente Resolución en el expediente r 682/06 (Expte. 2612/05 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio), interpuesto por D. F. B. de C. R., en nombre y representación de D. G. P. A., contra el Acuerdo de la Directora General de Defensa de la Competencia de 19 de enero de 2006 de archivo de la denuncia presentada contra el Colegio de Farmacéuticos de Córdoba, por la realización de una presunta conducta prohibida por el art. 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistente en la fijación de la denominada “cuota variable” proporcional al volumen de facturación de cada oficina de farmacia con el Servicio Andaluz de Salud (en adelante, SAS), que supone un trato desigual a los farmacéuticos y escondería un efecto compensatorio o redistributivo de las rentas de los colegiados, que alteraría la competencia entre los farmacéuticos con oficina de farmacia en la provincia de Córdoba.

### **ANTECEDENTES DE DERECHO**

1. El 10 de mayo de 2005 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía el escrito de denuncia presentado por D. F. B. de C. R., en nombre y representación de D. G. P. A., contra el Colegio de Farmacéuticos de Córdoba por supuestas prácticas restrictivas de la competencia.

2. Los hechos denunciados, de forma resumida, fueron que la Junta General Ordinaria del Colegio de Farmacéuticos de Córdoba, en sesión celebrada el 22 de marzo de 2002, habría llevado a cabo *“un cambio en el sistema de facturación y la forma en que la realiza, incluyendo una cuota variable, que será directamente proporcional al número de recetas de cada Oficina de Farmacia, sea cual sea su montante de facturación. La consecuencia es que, a aquellos Farmacéuticos que representan un determinado nivel de facturación, se les retira una parte de dicha liquidación y, con la misma, se realizan pagos a favor de otros Farmacéuticos con una menor facturación”* (folio 1 del expte. del Servicio). Según el denunciante, esta actuación constituiría una infracción del art. 1.1.e) LDC.
3. Después de solicitar diversa información al denunciante y al Colegio denunciado dentro del trámite de información reservada previo a la incoación de expediente sancionador (art. 36.3 LDC), el Servicio mediante Acuerdo de la Directora General de Defensa de la Competencia de 19 de enero de 2006 archivó las actuaciones contenidas en el expte. 2612/05 e iniciadas con la denuncia del Sr. P. A., alegando, básicamente, que el Colegio al adoptar el nuevo sistema de cuotas actuó en el ámbito de sus competencias y con habilitación legal para ello, por lo que sería de aplicación el art. 2.1 LDC, sin que se pueda considerar que tal conducta infringe el art.6 LDC por carecer de efectos en las relaciones del denunciante y sus clientes o de aquél con otros farmacéuticos competidores.
4. El 6 de febrero de 2006 tuvo entrada en el Tribunal el escrito de recurso (presentado en el Servicio el día 3 anterior) formulado por el denunciante contra aquel Acuerdo de archivo del Servicio, en el que se solicita su revocación y se resuelva continuar con la tramitación del expediente. El recurrente alega, esencialmente, que la conducta del Colegio denunciada está sometida a la LDC y resulta prohibida por el art. 1.1 LDC, porque proporciona un trato desigual a los farmacéuticos escondiendo en su interior un mecanismo compensatorio de ingresos entre farmacéuticos que altera las condiciones de competencia entre ellos, sin que sea aplicable la exención legal del art. 2.1 LDC.
5. Junto con el recurso, el Servicio remitió al Tribunal el expediente y el informe al que alude el art. 48.1 LDC.
6. Mediante Providencia del Pleno de 23 de febrero de 2006, el Tribunal acordó recibir el expediente del Servicio y formar expediente con la denominación r 682/06, *Farmacéuticos Córdoba*, designar Ponente al Vocal D. Miguel Comenge Puig y, de acuerdo con el art. 48.3 LDC, poner el expediente de manifiesto al interesado para que formulase alegaciones y presentase los documentos y justificaciones que estimase pertinentes.

7. El recurrente presentó alegaciones mediante escrito de 10 de marzo de 2006, que tuvo entrada en el Tribunal el día 15 siguiente.
8. Por motivo del cese del Vocal Ponente D. Miguel Comenge Puig en virtud del RD 321/2006, por Providencia del Pleno de 19 de abril de 2006 se designó como nuevo Ponente al Vocal D. Julio Costas Comesaña.
9. El Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión plenaria de 4 de diciembre de 2006.
10. Es interesado:
  - D. G. P. A.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

- 1) El Servicio está facultado por la Ley de Defensa de la Competencia para acordar el archivo de las denuncias, sin necesidad de proceder a la incoación de un expediente sancionador, cuando considere que no hay indicios de infracción. Por tanto, los recursos formulados contra un acuerdo de archivo del Servicio se deben resolver dilucidando si la conducta denunciada y comprobada por aquél puede razonablemente dar lugar, tras la incoación del pertinente expediente sancionador, a establecer hechos que vulneren alguna de las prohibiciones establecidas en los arts. 1, 6 y 7 LDC.
- 2) El Acuerdo de archivo se fundamenta en la afirmación de que “[...] *la decisión del Colegio acordando el nuevo sistema de fijación de la cuota colegial, fue un acto adoptado en el ejercicio de las funciones públicas del Colegio reconocidas en la ley y, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación de la LDC, sin perjuicio de que pueda ser recurrido en la forma establecida en el artículo 35*” de la Ley 10/2003, de 6 de noviembre, que regula los Colegios Profesionales de Andalucía. El Servicio también descarta la infracción del art. 6 LDC porque esa conducta denunciada *“difícilmente puede afectar a la competencia, en la medida en que no tiene efectos en las relaciones del denunciante y sus clientes o de aquél con otros farmacéuticos.”*

El denunciante, tanto en el escrito de interposición de recurso como en el escrito de alegaciones de 10 de marzo de 2006, se opone al Acuerdo de archivo argumentando que el acuerdo del Colegio de Farmacéuticos de Córdoba objeto de este expediente está sujeto a la LDC, porque al amparo de su potestad legal para determinar la cuota colegial se ha aprobado un mecanismo de compensación entre los farmacéuticos con oficina de

farmacia abierta, que afectaría a la competencia entre ellos. A su juicio, la denominada cuota colegial variable (cuya aprobación es objeto de impugnación), en la medida en que se fija sobre la base del importe de las ventas que realiza la farmacia al Servicio Andaluz de Salud y a las Mutuas, excluyendo el importe de las llamadas ventas libres que alcanzan en las farmacias del centro de la ciudad una magnitud considerable que, desde luego, no tienen en las farmacias de la periferia, está generando un trato desigual y discriminatorio que afecta negativamente a la libre competencia que debe existir entre farmacias. Un efecto restrictivo que se traduce no sólo en que quienes trabajan con el SAS y Mutuas soportan mayores costes empresariales (a través de la cuota colegial variable) que las farmacias con mayor porcentaje de venta libre, sino también porque al aumentar la cuota variable en función exclusivamente de las ventas al SAS y a Mutuas se produce un efecto de desincentivación de la competencia en esta parcela de la actividad profesional de farmacéutico, más laboriosa o complicada y menos rentable que la venta libre, que sólo representa una parte sustancial del negocio para las farmacias del centro de la ciudad. Por ello, el recurrente concluye que el acuerdo del Colegio por el que se aprueba la denominada “cuota variable” constituye un acuerdo prohibido por el art. 1.1 LDC que no goza de la exención legal del art. 2.1 LDC.

- 3) En consecuencia, el Tribunal debe resolver si en los hechos objeto de la denuncia y comprobados por el Servicio existen indicios racionales de infracción del art. 1.1 LDC, que es la imputación que realiza el recurrente. Con este objeto, en primer término, resulta procedente examinar y aclarar la naturaleza de la conducta del Colegio y la normativa aplicable, pues lo que se denuncia como conducta prohibida por el art. 1.1 LDC no es el convenio suscrito el 27 de noviembre de 2002 por el Colegio con el SAS para la ejecución de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia, sino un acuerdo colegial en la parte relativa a la base sobre la que se calcula la denominada “cuota variable”.

A requerimiento del Servicio, el Colegio de Farmacéuticos de Córdoba señala que los colegiados soportan dos cuotas colegiales fijas de carácter mensual; una del Consejo General y otra del Colegio (folio 97 del expte. del Servicio). Además, el Colegio añade que bajo el epígrafe de “gastos de facturación” antes llamado “exceso sobre la media de facturación” se integraban dos cuotas colegiales por oficina de farmacia, una para hacer frente al pago de la factura de nuestra empresa de facturación de recetas (de la cual estaban exentas por imperativos del concierto con el SAS, entonces vigente, las oficinas de farmacia que no superaban el 30% de la media de facturación total) y otra proporcional al volumen de facturación al SAS de cada farmacia (único dato económico conocido por este Colegio). El acuerdo adoptado por la Junta General de Colegio de Farmacéuticos de

Córdoba, en sesión celebrada el 22 de marzo de 2002, lo que hace es separar contablemente ambas cuotas y cargar la denominada cuota variable a todas las farmacias sin excepción de ninguna clase. Por tanto, desde ese acuerdo, el sistema en la actualidad se viene realizando de la manera siguiente:

- Se carga a todas las farmacias el importe exacto de sus gastos de facturación de recetas, bajo el epígrafe “gastos de facturación”, no estando ninguna farmacia exenta del mismo desde el año 2003, en que finalizó el antiguo concierto con el SAS que imponía dicha exención.

- Se carga a todas las farmacias una partida bajo el epígrafe “cuota variable” proporcional a su volumen de facturación al SAS y Mutuas (único dato económico conocido por el Colegio) y tomando como base para el mismo (desde la Junta General Ordinaria de 22 de marzo de 2002) el número de recetas de cada una que se destina a sufragar, en parte, el presupuesto de gastos del Colegio (folios 88 y 89 del expte. del Servicio).

La Ley de Colegios Profesionales de Andalucía establece en el art. 18.2.g) que es función de los colegios profesionales “establecer y exigir las aportaciones económicas de los colegiados”, pero también establece en su art. 3.2 que “El ejercicio de las profesiones colegiales en Andalucía se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la legislación sobre Defensa de la Competencia y sobre Competencia Desleal”.

Por tanto, si la actuación denunciada tiene encaje en el primero de los preceptos legales, habrá que concluir (con el Servicio) que constituye un ejercicio de las potestades exorbitantes que tiene encomendadas como Administración Corporativa, exenta como tal del ámbito del Derecho de defensa de la competencia y, por ello, sometida exclusivamente en última instancia al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario, si el acuerdo del Colegio tiene incidencia sobre el ejercicio de la profesión farmacéutica, de conformidad con el art. 3.2 de la misma Ley andaluza, la conducta del Colegio podrá ser perseguida por este Tribunal si incurre en algunas de las prohibiciones que establece la LDC.

En este orden de cosas, de la información que obra en el expediente resulta con claridad que la cuota colegial fija de periodicidad mensual no constituye, ni de lejos, la principal fuente de ingresos del Colegio de Farmacéuticos de Córdoba de manos de los farmacéuticos colegiados con ejercicio, sino que éstos proceden mayoritariamente de los pagos que realizan los colegiados como contraprestación por el servicio de gestión de facturas del SAS que el Colegio (a través de su empresa de facturación de recetas “Innova Farmacias”) les presta (véanse los folios 40 y 42 del expte.

del Servicio).

En el *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones* publicado en junio de 1992, este Tribunal llama la atención sobre la necesidad de distinguir entre las diferentes fuentes de financiación que pueden tener los Colegios Profesionales, porque “en unos casos derivan de la prestación de servicios libremente solicitados y en otras son imposiciones coactivas que pueden ser calificadas de “cuasi-tasas”, añadiendo que “No es lo mismo que los Colegios de Médicos tengan delegada la función de controlar la emisión de certificados médicos, y cobren por la edición de los impresos oficiales..., o que los farmacéuticos encarguen a su Colegio la tramitación de facturas a cargo de la Seguridad Social y le paguen por ello”. En el primer caso, la actividad colegial goza de amparo legal que la sitúa fuera del ámbito de aplicación de la LDC, y en el segundo de los casos, no existiendo autorización normativa suficiente, la actividad si está sometida al Derecho de defensa de la competencia y podrá resultar prohibida en la medida en que se cumplan los presupuestos de aplicación de las prohibiciones sustantivas que establece la LDC.

En la Resolución de 20 de julio de 2006 (Expte. r 662/05, *Farmacéuticos Asturias*) el Tribunal tuvo ocasión de analizar el complejo marco normativo en el que se sitúan los convenios que suscriben las Administraciones sanitarias para concertar a las farmacias en las condiciones económicas que deben regir en la adquisición y dispensación de productos y especialidades farmacéuticas cubiertas por la Administración sanitaria, sin prejuzgar a través de quien se realice o cómo se consiga esa “unicidad”, alcanzando la conclusión que el convenio suscrito, en ese caso, por la Administración sanitaria asturiana y el Colegio de Farmacéuticos de Asturias gozaría de la exención que establece el art. 2.1 LDC.

El convenio suscrito entre el SAS y el Colegio de Farmacéuticos de Córdoba no es objeto de impugnación en este recurso, pero de la anterior Resolución del Tribunal citada se concluye que el Colegio de Farmacéuticos de Córdoba no está legalmente habilitado para prestar por cuenta de sus colegiados el servicio de gestión de las facturas del SAS (que conforme al Convenio suscrito con este organismo en noviembre de 2002 tiene que ser único y uniforme para todas las provincias andaluzas; folio 152 del expte. del Servicio). En consecuencia, teniendo este servicio de gestión de recetas o facturas una evidente naturaleza o trascendencia económica, no cabe sino concluir que el acuerdo colegial fijando la “cuota variable” y los “gastos de facturación”; esto es, el precio que han de abonar los farmacéuticos al Colegio por la prestación de ese servicio no está amparado por la potestad administrativa del Colegio de Farmacéuticos de Córdoba de ordenación del ejercicio de la profesión de farmacéuticos, siendo conceptualmente una decisión de asociación de

operadores económicos en el sentido del art. 1.1 LDC.

- 4) Pero afirmada la plena sumisión de la conducta objeto de la denuncia a la LDC, procede advertir que bajo la prohibición de acuerdos colusorios sólo tienen cabida las conductas que tengan por objeto, produzcan o pueda producir un efecto restrictivo de la competencia. Situada la cuestión controvertida en este punto, no se advierte, ni siquiera de forma indiciaria, qué efectos negativos puede producir sobre los intereses de los usuarios del SAS de Córdoba o sobre la competencia entre farmacéuticos con oficina de farmacia, el hecho cierto de que la denominada cuota variable se fije sólo sobre la facturación al SAS y a Mutuas (únicos datos de facturación que conoce el Colegio), sin tener en cuenta las ventas libres que realizan las farmacias, por mucho que el recurrente afirme (con cita de la Resolución de 20 de junio de 2003, Expte. 544/02, *Colegio Notarial de Madrid*) que esconde un efecto discriminatorio, compensatorio o redistributivo de las rentas de los colegiados, que ni se prueba ni se deduce indiciariamente de la información que consta en el expediente. Por tanto, al no existir indicios racionales de infracción del art. 1.1 LDC, procede desestimar el recurso.

Vistos los preceptos citados, y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

### **HA RESUELTO**

Desestimar el recurso interpuesto por D. F. B. de C. R., en nombre y representación de D. G. P. A., contra el Acuerdo de la Directora General de Defensa de la Competencia de 19 de enero de 2006, por el que se archivan las actuaciones derivadas de la denuncia de D. G. P. A. contra el Colegio de Farmacéuticos de Córdoba.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia, y notifíquese al interesado, haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.