

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 538/02, Genéricos Farmacéuticos)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 19 de diciembre de 2003

El Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente D. Javier Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 538/02 (2352/02 del Servicio del Servicio de Defensa de la Competencia), de recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid y la Asociación Española de Sustancias y Especialidades Farmacéuticas Genéricas contra el Acuerdo del Director del Servicio de Defensa de la Competencia de 30 de agosto de 2002, por el que se declaró el archivo de una denuncia presentada por aquéllos contra el Instituto Nacional de la Salud y la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

- 1.- El día 16 de agosto de 2001, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid y la Asociación Española de Sustancias y Especialidades Farmacéuticas Genéricas formularon denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra el Instituto Nacional de la Salud y la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por supuestas prácticas anticompetitivas sancionadas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.
- 2.- El Servicio acordó el 15 de abril siguiente, al amparo del artículo 36.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, la práctica de una información

reservada, como diligencia previa a la decisión sobre la posible incoación de expediente.

- 3.- Una vez recabados los datos que estimó oportunos, el Director del Servicio de Defensa de la Competencia dictó un Acuerdo el 30 de agosto de 2002 decretando el archivo de la denuncia, por entender que las conductas denunciadas no eran constitutivas de infracción. Concretamente expresa el Acuerdo que *“para que una conducta pueda constituir un acuerdo o práctica concertada restrictiva de la competencia es necesaria la existencia de bilateralidad, es decir, que tiene que haber al menos dos sujetos que puedan acordar”* y añade que *“la recomendación del uso de genéricos, y dentro de las EFG, las de menor coste, obedece a la política de reducción del gasto público farmacéutico que es recogida, entre otras, en la Exposición de Motivos del Real decreto-Ley 5/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de contención del gasto farmacéutico público y de racionalización del uso de los medicamentos. Por tanto, la actuación llevada a cabo por la Administración en el caso que nos ocupa va encaminada a una mejora del interés general y no puede pretenderse que suponga una violación de las normas de competencia”*.
- 4.- Contra este Acuerdo recurren los denunciados alegando básicamente que el objeto de la denuncia no es una conducta bilateral sino una actuación unilateral de la Administración que, por imperativo del artículo 90.1 del Tratado CEE, debe entenderse incluida en los artículos 1 de la Ley de defensa de la Competencia y 85.1 del mismo Tratado. Alega asimismo que las circulares denunciadas no constituyen una simple recomendación a los médicos, sino que los sujetos a quienes se dirigen se sienten a menudo impelidos a acatarlas por temor a consecuencias negativas para su carrera profesional y, finalmente, señala que las circulares expresadas tienen unas consecuencias anticompetitivas en cuanto suponen una fijación indirecta de precios, por todo lo cual concluye solicitando la revocación del Acuerdo impugnado y la continuación del expediente de acuerdo con la denuncia inicial. El Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid ha desistido de su denuncia mediante escrito presentado ante este Tribunal el 21 de febrero de 2003.
- 5.- Por su parte el Servicio se opone a la estimación del recurso en base a la inaplicabilidad del artículo 90.1 TCEE, ya que las conductas denunciadas no tienen por objeto ni efecto afectar los intercambios comunitarios, por lo que, no habiendo afectación del mercado común, no sería de aplicación el artículo 85 del TCEE ni, por tanto, el artículo 90 del mismo.

6.- El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 5 de noviembre de 2003.

7.- Es interesado:

- El Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Las entidades recurrentes impugnan el Acuerdo de 30 de agosto de 2002, del Director del Servicio de Defensa de la Competencia, por el que se archivó la denuncia formulada por aquéllas, argumentando, en síntesis, que las conductas denunciadas del Instituto Nacional de la Salud y de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid son constitutivas de sendas infracciones a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, ya que las infracciones normalmente previstas como prácticas concertadas también pueden derivar de unilaterales prácticas estatales, al amparo del artículo 90.1 del Tratado de la Unión Europea y, siendo así, las prácticas denunciadas de elaborar un listado de recomendación de productos más baratos en un mercado de referencia en el que los precios son autorizados por la misma Administración que constituye su “cliente único” supone una evidente práctica de fijación indirecta de precios vedada por el artículo 85.1 TCEE y artículo 1 LDC, añadiendo que dicha fijación no es una mera recomendación ya que existe entre el remitente y los destinatarios una relación empleador/empleado y, por consiguiente, una irresistible fuerza vinculante.

El objeto de la denuncia archivada por el Servicio de Defensa de la Competencia es la remisión por parte de la Dirección Gerencia del Area 1 de Atención Primaria del Insalud de Madrid de una circular a las farmacias comprendidas en dicha Area con una relación de las especialidades farmacéuticas y especialidades farmacéuticas genéricas de precios más bajos, en orden a recomendarlos a los médicos del sistema público para su prescripción a los beneficiarios del sistema público, así como otra circular dirigida por la Dirección Médica del Area 2 del Insalud de Madrid a los farmacéuticos de dicho Area, adjuntando una copia del listado de genéricos recomendados por la Comisión de Uso Racional del Medicamento, rogando que procurasen disponer de ellos en el stock de su farmacia.

**SEGUNDO.-** Así planteado, el recurso ha de ser desestimado, toda vez que no se dan en los hechos denunciados los presupuestos básicos que son imprescindibles para la aplicación de los preceptos invocados por los recurrentes, pues tales hechos no constituyen un acuerdo o decisión colectiva que proceda de una suma de voluntades individuales, como es necesario para que pueda entenderse cometida una infracción al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, sino que son fruto de la voluntad unilateral de los organismos públicos a quienes se atribuyen.

Tampoco es aplicable el artículo 86 del Tratado de la Unión Europea, al que se refieren los recurrentes citando su antiguo ordinal en el Tratado CEE, como artículo 90 y ello, en primer lugar, porque el artículo 86.1, que invocan, no es un precepto sancionador que autorice a las Autoridades nacionales de competencia a imponer directamente sanciones a los Estados miembros, sino que es una norma prohibitiva dirigida a los Estados por cuyo cumplimiento corresponde velar a la Comisión Europea, según precisa el apartado 3 del mismo artículo 86. Por otra parte, no debe olvidarse que el artículo 86 contiene una remisión específica a las conductas reguladas en los artículos 81 a 89 y que aquél que los recurrentes invocan entre todos ellos para su aplicación es el artículo 85 (actual artículo 81) que se refiere exclusivamente a acuerdos o prácticas concertadas cuyos sujetos deben ser necesariamente empresas, por lo que no es aplicable a los hechos que son objeto del Acuerdo impugnado que, como queda dicho, constituyen una conducta unilateral realizada por la Administración.

**TERCERO.-** En conclusión, debe desestimarse el recurso en base a las anteriores conclusiones sobre la inaplicabilidad a los organismos denunciados de las disposiciones sancionadoras de las normas de defensa de la competencia, especialmente de los artículos 1 LDC y 81 del Tratado CE, en consideración al principio básico conforme al cual dichos preceptos son aplicables exclusivamente a los acuerdos bilaterales o plurilaterales, pero no a las decisiones que, cualquiera que sea su denominación legal o formal, sean adoptados por un solo sujeto, debiendo exigirse en todo caso que dichos acuerdos procedan de un concierto de voluntades plurales e independientes entre sí. En este sentido, este Tribunal ha mantenido reiteradamente los expresados criterios de pluralidad e independencia, negando incluso la calificación de acuerdo al pacto suscrito entre empresas de un mismo grupo económico (Resoluciones de 19-11-90, 8-7-92, 22-5-97 y 22-6-00, entre otras).

**CUARTO.-** Por lo demás, aun cuando las anteriores consideraciones hagan innecesario responder al resto de las alegaciones de los

recurrentes, el Tribunal considera correctas las conclusiones que sobre ellas se realizan en el Acuerdo impugnado respecto a reconocer que la recomendación del uso de las especialidades farmacéuticas de menor coste es legítima, en base a los principios de eficiencia y economía que deben regir la utilización de los fondos públicos, en cuanto va dirigida a la reducción del gasto público y, por lo tanto, a una finalidad de interés general y en cuanto a que dichas circulares no establecen ni permiten suponer que la Administración lleve a cabo medidas para obligar a los médicos del sistema público a darles cumplimiento, rebasando su carácter de mera recomendación que no coarta la libertad de los médicos para recetar en cada caso las especialidades farmacéuticas que consideren más adecuadas.

En su virtud, este Tribunal

### **HA RESUELTO**

Desestimar el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid y la Asociación Española de Sustancias y Especialidades Farmacéuticas Genéricas contra el Acuerdo del Director del Servicio de Defensa de la Competencia de 30 de agosto de 2002, que confirmamos en todas sus partes.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a la sociedad recurrente y a la entidad denunciada, 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 contados desde su notificación.