

RESOLUCIÓN (Expte. r 500/01, Fitosanitarios Galicia)

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 10 de abril de 2002.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 500/01, 2288/01 del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio, SDC), de recurso interpuesto por la Asociación de Detallistas Zoosanitarios y Fitosanitarios de Galicia "DEZOFIT GALICIA" contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 20 de septiembre de 2001 que archiva las actuaciones seguidas por su denuncia contra diversas cooperativas por supuestas prácticas restrictivas incursas presuntamente en las prohibiciones de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. D. José Luis Rodríguez Pardo, abogado, en nombre y representación de la Asociación de Detallistas Zoosanitarios y Fitosanitarios de Galicia "DEZOFIT GALICIA", en escrito de fecha 27 de abril de 2001 (que envió primero al Tribunal y que éste remitió al Servicio, teniendo fecha de

entrada en éste el 3 de mayo de 2001), denunció a numerosas cooperativas por supuestas prácticas incursas presuntamente en las prohibiciones de los artículos 1 y 6 de la LDC consistentes en actuar como establecimientos detallistas abiertos al público en general, a pesar de haber sido declaradas como entidades o agrupaciones ganaderas en virtud del art. 85 del RD 109/95 que les capacita para dispensar medicamentos veterinarios, sólo y exclusivamente, a sus miembros asociados que figuren en los planes o programas zoonosanitarios subvencionados por la Administración Autónoma.

2. Estudiada la denuncia y los documentos anexos, el Servicio, con fecha 20 de septiembre de 2001, conforme a lo establecido en el artículo 36 de la LDC acordó su archivo al no observar indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC en tanto en cuanto entiende, entre otros argumentos, que de las únicas cinco facturas aportadas como prueba, no puede deducirse, ni siquiera indiciariamente, que la cooperativa haya suministrado los medicamentos veterinarios a los no asociados y menos que, en el caso de que así fuese, dicha práctica se deba a la existencia de un acuerdo o práctica concertada.
3. Con fecha 5 de octubre de 2002 tiene entrada en el Tribunal el escrito de recurso de la denunciante en el que, además de reiterar gran parte de los argumentos anteriores se hacen diversas manifestaciones respondiendo a lo expresado por el Servicio en su Acuerdo de archivo.
4. Con la misma fecha, el Tribunal solicitó del Servicio la remisión del expediente y el preceptivo informe sobre el recurso.

El Servicio cumplimentó dicho requerimiento el día 11 de octubre de 2001. En su informe señalaba que las alegaciones expuestas por la recurrente no desvirtuaban las razones que fundamentaron el acto recurrido pero que, no obstante, precisaba algunos puntos.

5. En el trámite de alegaciones, abierto por Providencia de 17 de octubre de 2001, compareció de nuevo la recurrente y denunciante en escrito que tuvo entrada en el Tribunal el 15 de noviembre de 2001. La recurrente vuelve a reiterar los argumentos de la denuncia y el escrito de recurso.
6. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 19 de febrero de 2002.

7. Es interesada la Asociación de Detallistas Zoosanitarios y Fitosanitarios de Galicia "DEZOFIT GALICIA"

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La Asociación de Detallistas Zoosanitarios y Fitosanitarios de Galicia "DEZOFIT GALICIA" denunció a diversas cooperativas que actuaban dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia por supuestas prácticas restrictivas incurtidas presuntamente en las prohibiciones de los artículos 1 y 6 de la LDC. Considera la recurrente ahora -entonces denunciante- que estas cooperativas, al haber sido declaradas como entidades o agrupaciones ganaderas en virtud del art. 85 del RD 109/95, de 27 de enero, están capacitadas para dispensar medicamentos veterinarios, sólo y exclusivamente, a sus miembros asociados que figuren en los planes o programas zoosanitarios subvencionados por la Administración Autónoma y que, por lo tanto, no pueden actuar como establecimientos detallistas abiertos al público en general. Entiende la denunciante que se vulnera la LDC desde determinadas sociedades cooperativas en la expedición de medicamentos y específicos farmacéuticos para atención veterinaria de los animales, cuando actúan en régimen de expedición al público en general sin limitar su provisión estrictamente a los socios cooperativos y sin que, por ello, tales sociedades cooperativas se hallen sujetas al régimen fiscal y mercantil de las empresas detallistas.

Según el escrito de denuncia, corroborado en el de recurso ante el Tribunal, *"dichas sociedades no pueden ser autorizadas como entidades o agrupaciones ganaderas según el art. 85 del R.D. 109/95 y, al propio tiempo, funcionar como establecimientos detallistas según el art. 88 y concordantes de la misma norma abiertos al público en general. Tal posibilidad, según la denunciante, sólo puede basarse en una interpretación errónea del citado R..D., ya que el mismo R..D. marca tal imposibilidad por cuanto una entidad o agrupación ganadera que quiera acogerse al beneficio de*

*dispensar medicamentos veterinarios, **sólo** los podrá suministrar **exclusivamente a sus miembros asociados**, y que, por lo tanto, figuren en sus planes o programas zoosanitarios; planes y programas que están subvencionados por la Administración Autónoma.*

Son precisamente estas ventajas y subvenciones a cargo de los presupuestos de todos los ciudadanos las que justifican y explican las limitaciones a que deben de sujetarse las entidades que deseen dispensar medicamentos veterinarios. De lo contrario, de persistir la situación actual, estas sociedades, desde su privilegiada situación continuarán actuando como auténticos detallistas, compitiendo con quienes como en "DEZOFIT GALICIA" luchan y trabajan con las distintas leyes del comercio y competencia".

En el recurso ante el Tribunal también se señala que "el problema suscitado sube de punto si se tiene en cuenta que en las provincias de León y Asturias, correspondientes a las Comunidades Autónomas lindantes con Galicia, se vienen despachando en forma libre y sin sujeción a ningún otro condicionamiento los medicamentos veterinarios respecto de los cuales son detallistas mis representados pero sin ningún otro tipo de control o sujeción a restricción de ninguna clase en cuanto al despacho libre de tales medicamentos bastando, por lo tanto, a cualquier ganadero el acercarse a cualquier punto de dichas provincias cercanas al lugar de su domicilio para adquirir los productos que, en esta Comunidad Autónoma no podría adquirir debido al carácter restrictivo del art. 85 y concordantes del Real Decreto 109/95, ya citado."

Segundo. En el Acuerdo de archivo de las actuaciones el Servicio, así como en el Informe remitido al Tribunal, valoraba los hechos denunciados de la siguiente forma:

2.1.- Respecto a la posible infracción del artículo 1 de la LDC, *"el denunciante no ha aportado prueba alguna de que las cooperativas denunciadas hallan suscrito ningún acuerdo para distribuir, en contra de lo estipulado por la normativa vigente, medicamentos veterinarios a no asociados, por lo que habría que recurrir a la prueba de presunciones, de aplicación a los acuerdos tácitos o formas de coordinación entre los operadores económicos que no*

pueden ser expresamente probados.

Según la doctrina del Constitucional, la aceptación de la prueba de presunciones exige, en primer lugar, que los hechos base, es decir, los indicios, estén plenamente demostrados, que la relación causal entre los hechos y los indicios esté suficientemente razonada y finalmente, que, si existen otras razones para explicar los indicios, sean analizadas y se explique la causa de su rechazo.

En este caso faltaría el primer requisito, que los hechos base, o sea los indicios, estén plenamente acreditados. El denunciante ha aportado como prueba 5 facturas de las que no puede deducirse, ni siquiera indiciariamente, que la cooperativa haya suministrado los medicamentos veterinarios a los no asociados, y menos de que, en el caso de que así sea, dicha práctica se deba a la existencia de un acuerdo o práctica concertada.

2.2.- Respecto a la infracción del artículo 6 de la LDC, señala que "tal y como el TDC ha manifestado en numerosas ocasiones, para denunciar a alguien por abuso de posición de dominio es preciso definir el mercado relevante en el que ha tenido lugar el abuso, constatar que el denunciado tiene posición de dominio en ese mercado y probar que el denunciado abuso se ha cometido realmente, lo que en el presente caso no ha hecho el denunciante.

Los hechos denunciados no pueden ser considerados, como pretende la denunciante, como infracción del artículo 6 de la LDC ya que de la denuncia no se desprenden indicios de que las cooperativas denunciadas puedan ostentar posición de dominio en ningún mercado, tanto mas cuando éste ni siquiera ha sido definido por el denunciante".

2.3.- En lo que respecta, por último, a la posible trasgresión del artículo 7 de la LDC entiende que no concurren los requisitos que son necesarios para su aplicación. Así, indica que "en el presente caso no hay indicios ni de que las denunciadas hayan actuado en el mercado prevaliéndose de la supuesta ventaja que, a juicio del denunciante, han conseguido mediante la infracción de la norma, ni se ha aportado información alguna sobre los supuestos daños a la competencia, ni en concreto a los denunciantes.

Pero además, incluso en el supuesto de que se hubiese producido un comportamiento desleal, por infracción de normativa, no procede, en este caso, la aplicación del artículo 7 de la LDC, al no verse afectado el interés público.

La LDC no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados, de lo que se encarga la LDC. Por tanto, si la denunciante considera ilícitamente perjudicados sus derechos económicos y puede acreditar la violación de normas en los términos del artículo 15 de la LDC, debe acudir en defensa de sus intereses a los Tribunales Ordinarios competentes para la aplicación de dicha Ley".

Tercero. En lo que respecta a la normativa que se debe tener en cuenta en este caso, tal y como también señalaba el Servicio, el RD 109/95, de 27 de enero, regula los medicamentos veterinarios y en concreto su fabricación, circulación, distribución y comercialización.

El Capítulo IV, relativo a la dispensación de medicamentos veterinarios, establece en su artículo 83 que los medicamentos veterinarios sólo podrán ser dispensados por las oficinas de farmacia legalmente autorizadas o por las entidades o agrupaciones ganaderas y los establecimientos comerciales detallistas legalmente autorizados, siempre bajo el control de sus respectivos servicios farmacéuticos.

El artículo 85 relativo a entidades o agrupaciones ganaderas, establece como requisitos de éstas, para poder dispensar medicamentos veterinarios, el disponer de locales acondicionados al respecto, llevar a cabo un programa zoonosanitario aprobado por la Comunidad Autónoma correspondiente, contar con servicios farmacéuticos y veterinarios responsables y suministrar medicamentos veterinarios exclusivamente a sus miembros.

En cuanto a los establecimientos comerciales detallistas, el artículo 86 establece que para poder dispensar medicamentos veterinarios deberán disponer de locales acondicionados adecuados y contar con un servicio farmacéutico responsable.

Tanto las entidades y agrupaciones ganaderas como los establecimientos comerciales detallistas han de contar con la autorización del órgano competente de la Comunidad Autónoma donde están ubicados y realizan su actividad (artículo 87).

El Capítulo II, dedicado a infracciones y sanciones, establece en el artículo 106, en relación con el 107 de la Ley 25/90, del Medicamento, que las infracciones en materia de medicamentos veterinarios serán objeto de la sanción administrativa correspondiente, previo instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden en que puedan incurrir.

Las infracciones se califican en leves, graves y muy graves atendiendo a una serie de criterios, tal y como se establece en el artículo 108, correspondiendo el ejercicio de la potestad sancionadora a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas o, en su caso, según la infracción a los órganos competentes del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (artículo 110).

El Tribunal, tras el examen de esta normativa, de las actuaciones practicadas, de la documentación presentada y de las alegaciones formuladas, estima que son plenamente acertadas las consideraciones hechas por el Servicio para fundamentar el Acuerdo de archivo, entendiéndose, también, que el control sobre el uso correcto o no de las subvenciones otorgadas corresponde a los órganos de la Administración Autonómica correspondiente, de acuerdo con lo establecido en el RD 109/95, de 27 de enero.

Por otra parte, el problema que surge con las Comunidades Autónomas colindantes con la de Galicia es cuestión suscitada por las diferentes normativas a este respecto y los Órganos de Defensa de la Competencia no pueden manifestarse en un expediente sancionador.

VISTOS los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Único.- Desestimar el recurso interpuesto por por la Asociación de Detallistas Zoosanitarios y Fitosanitarios de Galicia "DEZOFIT GALICIA" contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 20 de septiembre de 2001.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que agota la vía administrativa y que contra ella sólo se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.