

## **RESOLUCIÓN (Expte. R 482/01, Farmacéuticos Almería)**

### **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

En Madrid, a 31 de octubre de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Dña. M<sup>a</sup> Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 482/01 (2099/01 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), de recurso contra el Acuerdo del Ilmo. Sr. Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 12 de marzo de 2001, por el que se archivó la denuncia formulada por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Almería, por supuestas prácticas prohibidas por los arts. 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 24 de noviembre de 1999 el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Almería (en adelante, COFA) formuló ante el Servicio de Defensa de la Competencia denuncia contra ADESLAS S.A. (en adelante, ADESLAS) y Laboratorios Dr. F. Echevarne por presunta infracción de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Los hechos que el denunciante expone en su denuncia son los siguientes:

- Que los colegiados analistas clínicos que venían prestando sus servicios en la Compañía de Seguros ADESLAS recibieron en el mes de junio de 1999 una carta de la citada compañía remitiéndoles

un nuevo baremo que suponía una reducción de un 45% de los honorarios que venían percibiendo.

- Que, a continuación, el 3 de agosto de 1999, ADESLAS comunicó a los citados analistas, mediante carta notarial, su decisión unilateral de rescindir el contrato de arrendamiento de servicios.
  - Que posteriormente, el denunciante tuvo conocimiento de que ADESLAS había suscrito un contrato de arrendamiento de servicios con los Laboratorios Dr. F. Echevarne para la realización de los análisis clínicos que precisasen los asegurados y que este laboratorio había intentado contratar a algunos de los analistas del COFA abonándoles un baremo inferior al que ADESLAS había establecido para ese año.
2. Con fecha 2 de octubre de 2000 tuvo entrada en el Servicio un escrito de ampliación de la denuncia por parte del COFA. En este escrito el denunciante manifiesta que ADESLAS publicó en el diario "Ideal" de Almería un anuncio en el que se indicaban los laboratorios de análisis clínicos que figuraban en su cuadro médico para el año 2000, señalando el denunciante que algunos de dichos laboratorios no disponen de los correspondientes permisos e incumplen las condiciones establecidas en el Concierto de Asistencia Sanitaria de Muface con las entidades de seguro.
- Por todo ello, el denunciante considera que dichos hechos infringen los arts. 1.1, apartados a y d y el 6.1 y 6.2, así como el art. 7 de la LDC, de la que sería responsable ADESLAS y algunos de los laboratorios indicados.
3. Con fecha 12 de marzo de 2001, el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia dicta acuerdo ordenando el archivo de las actuaciones al considerar que los hechos denunciados no infringen la LDC.

Concretamente, el Acuerdo señalaba que:

*"La disminución de los honorarios por parte de ADESLAS, la ruptura de los contratos verbales que tenía suscritos con los analistas del COFA, la firma de un nuevo contrato de arrendamiento de servicios con Laboratorios Dr. Echevarne y el intento de subcontratación por parte de éste, entra en el ámbito de las relaciones privadas que una empresa puede llevar a cabo. La firma de un contrato entre ADESLAS y los Laboratorios indicados no implica "per se" una restricción de la competencia. Los asegurados de ADESLAS no abonan los honorarios a los analistas sino que este abono lo realiza la aseguradora por lo que la elección de un analista u otro por parte*

*de los asegurados se realiza en función de otros parámetros distintos al precio. Que, además, con anterioridad a esta nueva situación, todos los analistas de ADESLAS percibían los mismos honorarios, por lo que no se puede afirmar que compitiesen entre sí. La única diferencia existente entre la situación anterior a la firma de ese contrato y la posterior es que los analistas perciben unos honorarios inferiores, pero no se han modificado las condiciones de competencia en el mercado. En consecuencia, no existe infracción del art. 1 de la LDC.*

*En cuanto al presunto abuso de posición dominante por parte de ADESLAS al imponer unos baremos inferiores a los que tenía establecidos en el año 1999, habida cuenta de que el denunciante no ha aportado dato alguno respecto de la posición de dominio, ni ha realizado definición alguna del mercado relevante, no puede hablarse tampoco de la existencia de indicios de que haya habido abuso por parte de ADESLAS.*

*Finalmente, el hecho de que ADESLAS firme unos contratos con determinados laboratorios para realizar análisis no supone tampoco un acuerdo que infrinja el art. 1 de la LDC, toda vez que ADESLAS tiene libertad de contratación con aquellas empresas que considere más adecuados, sin que el hecho de que algunos de ellos carezcan de los correspondientes permisos administrativos constituya una infracción del art. 7 de la LDC, pues no se dan los requisitos que el Tribunal, en interpretación de dicho precepto, exigen para que una conducta se pueda tipificar en dicho artículo.*

*Cuanto acontece conduce a la estimación de que los hechos contenidos en la denuncia no pueden tipificarse como conductas prohibidas por la LDC en su artículo 1, 6 y 7.*

*En su virtud, procede acordar el archivo de las actuaciones que tuvieron origen en la denuncia formulada por el COFA, al tratarse de conflictos privados susceptibles de ser analizados por otras instancias.”*

4. Con fecha 4 de abril de 2001, el COFA interpone ante el SDC el presente recurso contra el expresado Acuerdo de archivo, alegando en fundamento del mismo, básicamente, los mismos hechos expuestos en sus escritos de denuncia. Por Providencia de este Tribunal de fecha 16 de abril de 2001, se dio traslado de las actuaciones a los interesados para que formularan alegaciones, lo que hicieron en tiempo y forma tanto la parte recurrente como la denunciada, en apoyo de sus respectivas pretensiones.
5. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 23 de octubre de 2001.

6. Son interesados:

- Colegio Oficial de Farmacéuticos de Almería.
- ADESLAS S.A.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. El presente recurso, interpuesto por el COFA, tiene por objeto determinar si el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 12 de marzo de 2001, por el que se archivó la denuncia formulada por aquél, es o no conforme a Derecho.

El recurrente argumenta que ADESLAS ha actuado con abuso de posición de dominio, señalando que la actuación de ésta y de los Laboratorios Dr. F. Echevarne, así como los acuerdos entre ADESLAS y los ocho laboratorios expresados en la denuncia, constituyen una práctica colusoria de concertación y fijación de precios, infringiendo los artículos 1, 6 y 7 de la LDC, señalando que, pese a lo manifestado en el Acuerdo recurrido, la actuación de ADESLAS supone un falseamiento de la libre competencia toda vez que, al anunciar en prensa una serie de laboratorios clínicos, pese a carecer éstos de los correspondientes permisos administrativos, ha actuado en contra de la competencia, pues es evidente que, si no se hubieran efectuado dichos anuncios, algunos usuarios se hubieran cambiado de entidad aseguradora.

Indica también que el Acuerdo recurrido supone una infracción de los arts. 36 y 37 de la LDC en cuanto que el Servicio no ha realizado ningún acto para el esclarecimiento de los hechos, pese a haberse aportado por el recurrente pruebas suficientes de que se está produciendo unos hechos que infringen la LDC, no pudiendo el recurrente aportar más datos, teniendo, por contra, el Servicio muchas más facultades que un particular para poder investigar.

Por último, señala que el Acuerdo de archivo le produce indefensión, vulnerando el artículo 24 de la Constitución, que establece el derecho de todo ciudadano a obtener una tutela judicial efectiva.

Por todo ello, solicita que se revoque el Acuerdo impugnado, declarando el Tribunal la existencia de conductas que infringen los artículos 1, 6 y 7 de la LDC, así como la nulidad de pleno derecho de los acuerdos celebrados entre ADESLAS y los citados laboratorios clínicos.

Por contra, el Servicio y la entidad denunciada, ADESLAS, se oponen a la estimación del recurso, considerando que los hechos denunciados no constituyen infracción alguna de la LDC, señalando, además, la denunciada que si alguna actuación se puede calificar de desleal, ésta ha sido la del propio Colegio denunciante, quien ha publicado diversos anuncios en periódicos y en determinadas farmacias contra ADESLAS.

2. La adecuada resolución del presente recurso exige comenzar señalando que no todo acto o práctica que pueda resultar incómodo para el consumidor puede ser calificado, sin más, como anticompetitivo o desleal y, en consecuencia, ser sancionado como tal, sino sólo cuando verdaderamente atente contra la competencia en el mercado.

Es sabido, y no puede olvidarse, que el objetivo específico de la Ley de Defensa de la Competencia, como se señala en su Exposición de Motivos, no es otro que garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, por lo que los intereses privados sólo tendrán acogida de forma secundaria en la Ley de Defensa de la Competencia, en tanto en cuanto coincidan con el objetivo de la misma.

Pues bien, de las sucesivas alegaciones efectuadas por la recurrente, puestas de manifiesto anteriormente, lo único que se advierte es la existencia de un conflicto interpartes que sólo puede tener cobijo en el ámbito del Derecho Privado.

En efecto, es de indicar que, de la naturaleza de los propios hechos denunciados, se desprende claramente que se refieren a una relación de carácter individualizado, derivada del vínculo jurídico existente entre la entidad denunciada y los farmacéuticos que realizaban para ella los análisis de los asegurados, sin transcendencia alguna en el correcto funcionamiento de los mecanismos del mercado en régimen de libre competencia, encuadrándose los hechos denunciados en las facultades que tiene toda empresa de contratar, en el ámbito de la actividad que desarrolla, con aquellos particulares o empresas que considere más adecuados para la realización de la misma.

Por tanto, no puede compartirse la infracción del artículo 1 de la LDC, pues falta el presupuesto que dicho precepto exige, esto es, que “el acuerdo tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia”, ya que el acuerdo celebrado entre ADESLAS y los Laboratorios Dr. F. Echevarne ni limita ni controla ni fija los precios comerciales ni tiende a repartirse el mercado o a otro tipo de finalidad anticompetitiva..

3. De la misma manera, tampoco puede estimarse la existencia de infracción alguna del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, pues, para que una empresa incurra en abuso tipificado en dicho precepto es preciso que tenga una posición de dominio en el mercado, y ello supone que la empresa ha de disponer de poder económico o independencia de comportamiento suficientes como para tener capacidad de actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y ser de esta manera capaz de modificar en su provecho el precio o cualquier otra característica del producto, extremos que, en el presente caso, como afirma el Servicio, no han sido acreditados, ni siquiera indicados por el hoy recurrente.

Es, asimismo, rechazable la pretendida infracción del artículo 7 de la LDC pues, además de que los hechos denunciados relativos a la falta de los correspondientes permisos administrativos de algunos de los laboratorios con los que ha contratado ADESLAS aparentemente no cumplen las condiciones para reputarlos desleales evidentemente no reúnen las condiciones que el art. 7 establece para considerar una conducta como infractora pues, como es sabido, este Tribunal ha declarado reiteradamente que para entender que un acto desleal es contrario a la libre competencia no basta con que se produzca la deslealtad, sino que es necesario que como consecuencia de la misma se afecte sensiblemente a la libre competencia, con entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado. No es suficiente, pues, cualquier deslealtad, sino que es necesario que la misma sea cualificada.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, además de que no puede afirmarse que la actuación de la denunciada haya tenido influencia sensible en la libre competencia por las razones antes expresadas, tampoco existe prueba alguna que permita entender que la actuación de la entidad denunciada pueda ser calificada como una de las conductas tipificadas en la Ley de Competencia Desleal, sino que, por contra, de las pruebas obrantes en el expediente, resulta que la hoy denunciada actuó en el ejercicio de su derecho fundamental de defender sus derechos e intereses, siendo las cuestiones planteadas en la denuncia de pura legalidad ordinaria cuya competencia corresponde a otras instancias diferentes a los órganos encargados de la defensa de la competencia.

4. De acuerdo con lo anteriormente expresado, es preciso confirmar el Acuerdo recurrido habida cuenta de que las conductas denunciadas no tienen una entidad económica que justifique la aplicación de las normas sobre defensa de la competencia, no reuniendo los requisitos para ser

calificadas como determinantes de infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, por lo que procede confirmar el archivo decretado por el Acuerdo impugnado, habida cuenta de que tampoco se puede apreciar infracción alguna, por parte del Servicio, de los arts. 36 y 37 de la LDC, ni del artículo 24 de la Constitución, como señala el recurrente.

En efecto, de un lado, se ha de indicar que, como es sabido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.2 de LDC, ante una denuncia, el Servicio tiene la opción de ordenar el archivo de las actuaciones o la incoación de expediente, señalando dicho precepto que antes de realizar una u otra actuación, el Servicio podrá practicar una información reservada, quedando, por tanto, fuera de toda duda que el Servicio, ante denuncias de conductas que ni tan siquiera de forma indiciaria son conductas prohibidas por la LDC puede, o inadmitir la denuncia, o archivar las actuaciones cuando, a simple vista, observe que aquello que se denuncia no puede ser objeto de expediente sancionador, de manera que sobre ellas no se estima necesario abrir una información reservada, como ha acontecido en el caso que examinamos.

Por otro lado, ha de señalarse que, en contra de lo que aduce el recurrente, el Acuerdo impugnado tampoco supone vulneración alguna del fundamental derecho de no padecer indefensión pues, como ha señalado ya en anteriores ocasiones este Tribunal, tal derecho, según una reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de sobra conocida, se colma con la obtención de una Resolución fundada en derecho, aunque ésta contradiga el pretendido interés de la parte. En otro caso, se llegaría a la absurda conclusión de que la interdicción de la indefensión serviría para tener que admitir cualquier pretensión de la parte.

En conclusión, de acuerdo con lo anteriormente expresado, es preciso confirmar el Acuerdo impugnado, ya que no existen indicios racionales bastantes que permitan sostener que los denunciados hayan cometido ninguna infracción tipificada en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, procediendo, por tanto, con desestimación del recurso, la confirmación del archivo decretado por el Servicio.

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

## RESUELVE

**Único.** Desestimar el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Almería contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 12 de marzo de 2001, que confirmamos en todas sus partes.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer ante la Audiencia Nacional recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.