

RESOLUCION (Expte. R 452/00, Atención Primaria Mallorca)

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 11 de octubre de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 452/00 (2162/00 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por el Sindicato Médico Libre de Baleares contra el Acuerdo de la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 1 de septiembre de 2000, por el que se archivaron las actuaciones que tuvieron su origen en la denuncia presentada por D. Isidro Torres Piñar, Secretario General del citado Sindicato, contra la Gerencia de Atención Primaria de Mallorca (Instituto Nacional de la Salud, Dirección Territorial de Illes Balears), por presunta infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (BOE del 18), de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 20 de septiembre de 2000 tiene entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) un escrito de D. Juan Mir Ramonell, abogado, obrando en nombre y representación del Sindicato Libre de Baleares, mediante el que interpone recurso contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio), de 1 de septiembre de 2000, por el que se archivan las actuaciones seguidas por la denuncia formulada por la recurrente contra la Gerencia de Atención Primaria de Mallorca (Instituto Nacional de la Salud, Dirección Territorial de Illes Balears), por presunta infracción del artículo 1 de la LDC.

La citada Gerencia fue denunciada entonces por remitir, al comienzo del año 2000, a los Centros de Salud donde prestan sus servicios los equipos de atención primaria, un "Contrato de Gestión del año 2000" que impulsaba de forma directa, según el denunciante, la prescripción de unos determinados fármacos en detrimento de la libertad de prescripción por una parte y en detrimento de la libre competencia por otro, al establecer un incentivo específico para los médicos, que percibirán o no en función de que prescriban los fármacos denominados "genéricos".

2. El Acuerdo del Servicio, comunicado al Tribunal mediante escrito de 22 de septiembre de 2000, hace constar que no ha observado en los hechos denunciados indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC por lo que, conforme a los apartados 1 y 2 del art. 36 del citado texto legal, procede el archivo de las actuaciones.

En dicho Acuerdo se señala, concretamente, que de la información reservada llevada a cabo se ha podido comprobar que las partes que suscribieron el citado contrato fueron el gerente de Atención Primaria y el coordinador/director de cada centro de salud y que en el apartado 9 de este contrato se establece un incentivo específico para aquellos facultativos que habiendo suscrito el contrato de gestión alcanzasen los objetivos de prescripción farmacéutica de genéricos.

También se indica en la "Valoración Jurídica", respecto a la práctica denunciada, que *"La Ley 13/1996, de 30 de diciembre (BOE del 31), de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, añade un apartado 6 bis al artículo 8 de la Ley 25/1990 donde define la especialidad farmacéutica genérica de la siguiente forma:*

"6 bis. Especialidad farmacéutica genérica: La especialidad con la misma forma farmacéutica e igual composición cualitativa y cuantitativa en sustancias medicinales que otra especialidad de referencia, cuyo perfil de eficacia y seguridad esté suficientemente establecido por su continuado uso clínico. La especialidad farmacéutica genérica debe demostrar la equivalencia terapéutica con la especialidad de referencia mediante los correspondientes estudios de bioequivalencia. Las diferentes formas farmacéuticas orales de liberación inmediata podrán considerarse la misma forma farmacéutica siempre que hayan demostrado su bioequivalencia".

La aparición de los genéricos y el fomento del consumo de los mismos da la posibilidad a los médicos de elegir entre especialidades,

bioequivalentes entre sí, fabricadas por distintos laboratorios pero a un precio bastante inferior al del medicamento original".

Asímismo se dice: "En el caso que nos ocupa no cabe hablar de un acuerdo entre dos partes, dado que tanto la Gerencia de Atención Primaria como los Centros de Salud y los facultativos que desarrollan sus actividades profesionales en los mismos pertenecen a un mismo grupo INSALUD,. Por tanto, al no haberse identificado a otros agentes económicos que pudieran haber formado parte de ese concierto de voluntades no puede hablarse de una infracción del artículo 1 de la LDC".

3. El recurrente impugna el Acuerdo de archivo y hace varias alegaciones que, en lo que pudiera referirse al asunto que se ventila en el actual expediente, quedan resumidas a continuación:

Alegan, en primer lugar y fundamentalmente, que sí que se debe hablar de un acuerdo entre dos partes en tanto en cuanto desde el momento que se habla de "Contrato" existe un acuerdo para crear una obligación ya que "contrato" según el artículo 1254 del Código Civil *"Existe desde que una o varias personas consienten en obligarse"*. Para el recurrente, la afirmación de que las partes "pertenecen a un mismo grupo INSALUD" no les despoja de la cualidad de "partes" ni impide la existencia de un "concierto de voluntades".

Alegan también que la Gerencia y el Insalud sí que tienen posición de dominio en ese mercado y que han abusado de la misma.

Se invoca por último la posible infracción por el artículo 21, apdo. 1 de la LDC.

4. En escrito de fecha 20 de septiembre de 2000 el Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LDC solicitó informe al Servicio sobre el citado recurso.
5. El Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, mediante escrito que tiene entrada en el Tribunal el 26 de septiembre de 2000, informa que el recurso ha sido interpuesto en tiempo hábil y que es bastante el apoderamiento del recurrente, y añade que las alegaciones de éste no añaden nada nuevo que haga modificar los motivos referidos en el Acuerdo de fecha 1 de septiembre de 2000, por lo que debe entenderse que el contenido del recurso no desvirtúa el citado Acuerdo que debe mantenerse.

6. El 29 de septiembre de 2000 el Tribunal designa Ponente al Vocal D. José Juan Franch Menéu y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.3 de la LDC se pone de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que durante un plazo de quince días hábiles formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.
7. El 20 de octubre de 2000 tiene entrada en el Tribunal escrito, hábil en plazo, de la representación del Sindicato Médico Libre de Baleares que contiene diversas alegaciones cuyo contenido es similar al escrito en el que se formula el recurso.
8. El Pleno del Tribunal, en su reunión del día 6 de septiembre del año 2001 deliberó y falló sobre este expediente, encargando al Vocal ponente la redacción de la presente Resolución.
9. Es interesado en el expediente:
 - Sindicato Médico Libre de Baleares

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El objeto de este procedimiento es resolver el recurso contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de archivar, en aplicación de lo dispuesto en el art. 36.2 LDC, las actuaciones iniciadas.

El art. 36 de la LDC, en su apartado 1, impone al Servicio la obligación de incoar expediente ante una denuncia de conductas prohibidas en dicha Ley cuando se observen indicios racionales de su existencia y, en su apartado 2, le permite que, antes de resolver la incoación del expediente o, en su caso, el archivo de las actuaciones, pueda acordar la instrucción de una información reservada.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que la tramitación de una información reservada constituye un procedimiento sumario, inquisitivo y no contradictorio, en el que es bastante que el Servicio únicamente indague los elementos idóneos para fundar el acuerdo de incoar el expediente o de archivo, procediendo este último cuando el Servicio no advierta indicios racionales de que hayan tenido lugar conductas prohibidas.

2. El Sindicato Médico Libre de Baleares denunció a la Gerencia de Atención Primaria de Mallorca, perteneciente a la Dirección Territorial de Illes Balears del Instituto Nacional de la Salud, por remitir a los Centro de Salud que de ella dependían el denominado Contrato de Gestión del año 2000 en el que se establecía un incentivo específico para los médicos, pertenecientes a dichos centros, que prescribieran los fármacos denominados genéricos. Se acusa a la Dirección Territorial de presunta infracción del artículo 1 de la LDC.

Sin necesidad de entrar en más consideraciones se debe recordar que, en este caso, no cabe la aplicación del art. 1, ya que lo que prohíbe son determinados acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que se producen entre empresas independientes o desde asociaciones u otros colectivos a sus asociados homogeneizando conductas. Dicha norma ni siquiera es aplicable a empresas que formen parte de un mismo grupo empresarial, por lo que mucho menos se puede hablar de acuerdo prohibido, que necesita de la bilateralidad, en el caso de los centros de salud con respecto a la Gerencia de la Dirección Territorial del Insalud de la que dependen.

Por aclarar aún más esta cuestión, se puede recordar que, en el ámbito mercantil, con el término "grupo empresarial" se significa un conjunto de empresas controladas por una de ellas o por un sólo inversor o un grupo de inversores. Si bien, como se ha dicho, la dependencia de los distintos centros de salud es aún mayor respecto al Insalud, en el FD n1 2 de la Resolución del expte. R 408/00, Góndolas, se decía que *"Las sociedades mercantiles que forman un grupo empresarial son jurídicamente independientes, pero ajustan sus actuaciones a las normas emanadas de una dirección común, siendo la unidad de dirección el rasgo definidor básico del grupo de sociedades o empresas. Por ello, el elemento fundamental para determinar si, entre dos empresas de un mismo grupo, en el que una es matriz y otra filial, se está en presencia de acuerdos o prácticas concertadas de las prohibidas en el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia es la existencia de autonomía real de comportamiento de la filial respecto de la matriz"*.

Al no existir en nuestro caso bilateralidad en la actuación de la Gerencia no se puede incurrir en conducta prohibida por el art. 1 de la LDC.

3. Si bien el recurrente no planteó en la denuncia la posible infracción del art. 6 de la LDC, puesto que lo sugiere en el recurso, cabe añadir además que, siguiendo la doctrina de este Tribunal, para que un operador económico pueda incurrir en una conducta abusiva de posición de dominio

de las tipificadas en el art. 6 LDC, es requisito previo que tal operador esté en una posición dominante en el mercado de referencia. La posición de dominio como tal no está sancionada en la legislación española de la competencia ni tampoco en la europea, pero constituye condición necesaria, aunque no suficiente, para que puedan llevarse a cabo los comportamientos que la Ley prohíbe por reputarlos de abusivos.

El mercado de referencia que sugiere el recurrente es el de la producción, fabricación y comercialización de medicamentos. En dicho mercado, el Insalud no participa ni en la producción, ni en la fabricación ni en la comercialización de medicamentos por lo que no se puede considerar que tenga posición de dominio en dicha producción y comercialización.

4. En cuanto a la alegación que plantea el recurrente invocando el artículo 2.1 de la LDC cabe señalar que dicho apartado se refiere a las conductas prohibidas por el artículo 1 que pudieran estar autorizadas en base a otras leyes. Puesto que en este caso, como se ha dicho, no se aprecia infracción del artículo 1 no es preciso recurrir al artículo 2.1 para autorizar una conducta prohibida.
5. Por todo ello, en el presente caso, el Tribunal considera que el Servicio ha llevado a cabo en la información reservada una investigación suficiente, que le ha permitido establecer sobre base firme las conclusiones de que no hay indicios de prácticas prohibidas por la LDC, como se había denunciado, y de que no procede, en consecuencia, incoar un expediente sancionador al denunciado como, sin embargo, correspondería en caso contrario.

VISTOS los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia, por mayoría,

RESUELVE

Único: Desestimar el recurso interpuesto por D. Juan Mir Ramonell, en representación del Sindicato Médico Libre de Baleares contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 1 de septiembre de 2000, mediante el que se archivan las actuaciones seguidas por la denuncia formulada por el recurrente, confirmando en todos sus términos dicho Acuerdo.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber a éstos que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pero no es firme pues se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir de la fecha de la notificación de esta Resolución.