

RESOLUCIÓN (Expte. r 413/00 Farmacéuticos Ciudad Real)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 18 de octubre de 2000

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^a Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r413/00 (2057/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), de recurso contra el Acuerdo del Ilmo. Sr. Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 14 de enero de 2000, por el que se archivó la denuncia formulada por D. Jesús Gordo Gavilanes, contra la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ciudad Real, el Consejo Rector de la Cooperativa Farmacéutica de Ciudad Real (COFARCIR) y D. Ramón Ribas Sánchez, por supuestas prácticas prohibidas por los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 27 de agosto de 1999 D. Jesús Gordo Gavilanes denunció a la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ciudad Real, al Consejo Rector de la Cooperativa Farmacéutica de Ciudad Real (COFARCIR) y a D. Ramón Ribas Sánchez por supuestas prácticas prohibidas por los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Los hechos que el denunciante, farmacéutico y abogado en ejercicio, expone como constitutivos de infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia consisten en los siguientes: D. Ramón Ribas, que es Director Técnico farmacéutico de COFARCIR desde hace aproximadamente dos años, viene también ejerciendo el cargo de tesorero del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ciudad Real, situación que es totalmente incompatible, habida cuenta de

que, por razón de este segundo cargo, tiene conocimiento privilegiado acerca de las compras y ventas de cada farmacia, información que puede utilizar en favor de COFARCIR, impidiendo la entrada de otras distribuidoras de productos farmacéuticos.

2. Recibida la denuncia, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó requerir al denunciante a fin de que subsanase los defectos observados en su escrito de denuncia. Posteriormente, con fecha 5 de noviembre de 1999 acordó requerir de nuevo al denunciante para que remitiese pruebas de los hechos denunciados, advirtiéndole que, en otro caso, su denuncia podría ser archivada sin más trámite..
3. Con fecha 14 de enero de 2000 el Ilmo. Sr. Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, dictó un Acuerdo motivado, en el que se declara la procedencia del archivo de la denuncia, al tener por desistido al denunciante al amparo de lo dispuesto en el artículo 71.1 de la Ley 30/92 y estimar que del escrito de denuncia no se deduce la existencia de indicios racionales de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

Concretamente, el Acuerdo señalaba:

"Que pese a ser el denunciante requerido advirtiéndole que su solicitud podría ser archivada si en el plazo de diez días no hubiera subsanado las faltas observadas, dicho requerimiento no fue cumplido, por lo que al amparo de lo dispuesto en el artículo 71.1 de la Ley 30/92, procede tenerle por desistido, acordándose el archivo de las actuaciones toda vez que del mencionado escrito de denuncia no se deduce la existencia de conductas prohibidas por la LDC"

4. Contra dicho Acuerdo, el denunciante interpuso recurso ante este Tribunal mediante escrito con fecha de entrada 7 de febrero de 2000 en el que, básicamente, muestra su disconformidad con el análisis del Servicio y reitera los argumentos esgrimidos en su escrito de denuncia.
5. Mediante escrito de 8 de febrero de 2000, el Tribunal solicitó al Servicio la remisión del informe sobre el citado recurso, así como las actuaciones seguidas, según lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LDC. El Servicio, mediante escrito con fecha de entrada 11 de febrero de 2000, comunicó que el recurso había sido interpuesto dentro del plazo de diez días establecido en el artículo 47 de la LDC. En cuanto al fondo, el Servicio se reafirma en la motivación dada para proceder al archivo de las actuaciones.

6. Por Providencia del Tribunal de 14 de febrero de 2000 se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones, presentándose escrito por la Cooperativa Farmacéutica de Ciudad Real, COFARCIR, y por el denunciante.
7. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este recurso en su sesión del día 26 de septiembre de 2000.
8. Son interesados:
 - D. Jesús Gordo Gavilanes
 - Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ciudad Real
 - Cooperativa Farmacéutica de Ciudad Real (COFARCIR)
 - D. Ramón Ribas Sánchez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El recurrente impugna el Acuerdo de 14 de enero de 2000, del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, por el que se archivó la denuncia por él formulada, alegando como fundamento de su recurso, básicamente, lo siguiente:

- A) Señala, en primer término, que se está produciendo una conducta contraria al artículo 1 de la LDC con el mantenimiento del Sr. Ribas en el cargo de “tesorero accidental” del C.O.F. de Ciudad Real. En efecto, estima que el ejercicio de dicho cargo por quien es Director Técnico de COFARCIR, sitúa a esta Cooperativa en una situación de privilegio, teniendo acceso a una información privilegiada, (conoce todos los datos exactos de las facturaciones de todas las farmacias), pudiendo, con esta situación de privilegio, impedir la entrada o el asentamiento de otras Cooperativas.
- B) Afirma, por otra parte, que COFARCIR tiene actualmente una posición de dominio de la que abusa, al haber introducido al Sr. Ribas en el C.O.F., señalando que el denunciante, que es empresario, dependiente del C.O.F de Ciudad Real, lleva padeciendo dicho abuso al tener que estar colegiado obligatoriamente y tener, hasta hace un mes, como única Cooperativa en la Provincia a COFARCIR, existiendo, por tanto, una infracción del artículo 6 de la LDC.

- C) Finalmente, alega la existencia de una infracción del artículo 7 de la LDC por parte de COFARCIR, al permitir que el Sr. Ribas ostente ambos cargos antes expresados.

Por todo lo expuesto, solicita la estimación del presente recurso, debiéndose revocar el Acuerdo impugnado.

Frente a dichas alegaciones de la recurrente, la Cooperativa denunciada, COFARCIR, solicita la desestimación del recurso, alegando, básicamente, la inexistencia de maquinación o pacto alguno entre el Sr. Ribas y COFARCIR para lograr una información privilegiada, considerando que no ofrece la menor duda que el Acuerdo impugnado ha de confirmarse, habida cuenta de que no se ha efectuado por ninguno de los denunciados conducta o actividad prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia.

Segundo: El objeto, por tanto, de este recurso es decidir si el Acuerdo del Director General de Política y Económica y Defensa de la Competencia de archivar la denuncia formulada por el hoy recurrente es ajustado a Derecho.

Para el examen de dicha cuestión, dado el contenido del Acuerdo impugnado, es preciso comenzar recordando que, 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.

Por tanto, queda 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 ni merece la pena abrir una información reservada.

De lo anteriormente expuesto, se desprende con claridad que, en el procedimiento sancionador contemplado en la LDC, la denuncia lo es en sentido técnico y propio, es decir, no inicia el procedimiento, sino que, a diferencia de lo que ocurre con la “instancia” que pone efectivamente en marcha el procedimiento, no es más que un acto de excitación del actuar administrativo, iniciándose el procedimiento por acuerdo del órgano competente.

Siendo esto así, resulta claro que este Tribunal no puede compartir el contenido del Acuerdo impugnado en lo relativo a la aplicación al caso del artículo 71.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acordando el archivo de la denuncia por desistimiento del denunciante pues, aún en el caso de que éste se hubiese producido expresamente, ello, como antes se ha indicado, no impediría que el Servicio acordase la iniciación del procedimiento sancionador o, como aquí ha ocurrido, decretase el archivo de las actuaciones al obtener el convencimiento racional de la falta de base de la denuncia formulada.

Tercero: Expuestas las anteriores consideraciones que, pese a no haber sido alegadas por el recurrente, se estimaba necesario constatar dado el contenido del Acuerdo objeto del presente recurso, la cuestión a resolver se centra ya en determinar si los hechos denunciados, ni tan siquiera indiciariamente, suponen vulneración de ninguno de los preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia.

A tal efecto, es de indicar que, básicamente, los hechos que el hoy recurrente exponía como constitutivos de infracciones de la LDC consisten en el nombramiento por la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Ciudad Real, de D. Ramón Ribas para el cargo de *tesorero* de dicho Colegio, pese a que el mismo desempeña el cargo de Director Técnico de COFARCIR, cargos que son totalmente incompatibles, situando a esta Cooperativa en una situación de privilegio, existiendo una infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la LDC

Pues bien, en este punto, este Tribunal no puede sino compartir los argumentos expuestos por el Servicio en el Informe remitido a este expediente.

En efecto, como es sabido, el artículo 1 de la LDC prohíbe los acuerdos colusorios que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, lo que no es el caso, toda vez que el nombramiento del Sr Ribas Sánchez como tesorero accidental del Colegio de Farmacéuticos de Ciudad Real, además de constituir un acto interno de dicho Colegio, no presupone la existencia de acuerdo alguno entre dicho Colegio y COFARCIR a fin de evitar la implantación de otros distribuidores de productos farmacéuticos.

Es más, el recurrente en ningún momento alude a la existencia de actuación o comportamiento concreto por parte de los denunciados que

haya producido efecto restrictivo alguno de la competencia, sino que, por contra, como el propio recurrente indica en sus escritos, durante la tramitación de este expediente, se ha introducido un nuevo distribuidor de productos farmacéuticos en la zona. No cabe, pues, apreciar infracción alguna del artículo 1 LDC.

Por otra parte, se estima que el Servicio tiene razón en cuanto a la no transgresión del artículo 6 de la LDC. En efecto, se ha de indicar que, como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de abril de 1999, Sala 3ª, Sección 3ª, “la Ley de Defensa de la Competencia, al sancionar las infracciones contra el derecho a la libre competencia, si bien protege la participación en la producción, intentando evitar que la producción quede en manos de unos pocos, no prohíbe ni sanciona la posición de dominio, sino el abuso” y en el caso analizado, además de que no existe prueba alguna acerca de que COFARCIR ostente posición de supremacía que le permita la necesaria independencia de comportamiento para impedir el avance de nuevos competidores, no se ha acreditado, ni siquiera se ha alegado por el denunciante, que aquélla haya actuado en forma anticompetitiva en la tarea de distribución de sus productos.

Finalmente, en relación con la posible infracción del art. 7 LDC, el Tribunal tiene declarado reiteradamente que, para entender que un acto desleal es contrario a la libre competencia no basta con que se produzca 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.

En el presente caso, aún cuando los hechos denunciados se encuadrasen dentro de los actos desleales regulados por la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, no se reúnen los requisitos precisos para ser calificados de infracción tipificada por el art. 7 LDC.

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 la LDC, 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 D. Jesús Gordo Gavilanes contra el Acuerdo del Ilmo. Sr. Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 14 de enero de 2000, que se confirma.

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 recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.