

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 326/98 Fórmulas Magistrales)**

### **PLENO**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 28 de enero de 1999

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Bermejo Zofío, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 326/98 (1684/97 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por la Asociación Andaluza de Farmacéuticos de Fórmulas Magistrales contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 17 de junio de 1998, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra el Servicio Andaluz de la Salud por prácticas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia consistentes en fijar condiciones para la prestación farmacéutica en detrimento de los medicamentos elaborados como Fórmulas Magistrales.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 4 de agosto de 1997 D. Antonio Fontán Meana, como secretario de la Asociación Andaluza de Farmacéuticos de Fórmulas Magistrales, denuncia al Servicio Andaluz de la Salud por prácticas restrictivas de los Arts. 1 y 6 de la LDC, así como del Art. 85 TUE, cometidas en la suscripción con el Consejo General de Colegios Farmacéuticos del "Concierto por el que se fijan las condiciones para la Ejecución de la prestación Farmacéutica a través de la Oficina de Farmacia de Andalucía".
2. El Servicio archiva la denuncia porque "el Servicio Andaluz de la Salud, al excluir de la prestación farmacéutica determinadas fórmulas magistrales, ha actuado en el marco de sus competencias; por ello, el Concierto por el que se fijan las condiciones para la ejecución de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia de Andalucía no puede

ser calificado como práctica restrictiva de la competencia prohibida por las normas españolas y europeas de competencia".

3. En su informe sobre el recurso el Servicio añade que el Acuerdo se suscribió en base a las facultades estatutarias de autoorganización atribuidas a la Comunidad Autónoma Andaluza, por lo que no puede considerarse como una conducta arbitraria.
4. Es interesada la Asociación Andaluza de Farmacéuticos de Fórmulas Magistrales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. Se funda la denuncia archivada por el Servicio en el hecho de que el Concierto entre el Servicio Andaluz de la Salud y el Consejo General de Colegios de Farmacéuticos contiene una cláusula, la 2.7 del Apartado A) del Anexo B, en la que se enumeran, entre las fórmulas magistrales excluidas de la prestación farmacéutica aquellas "cuya composición, dosis, estado físico y vía de administración sea idéntica a la de alguna especialidad farmacéutica registrada y comercializada con hasta dos principios activos en su composición".

Entiende la denunciante que las fórmulas magistrales tienen la consideración legal de medicamentos, y su exclusión del Convenio en favor de las especialidades industriales no tiene base legal, beneficia indebidamente a la industria farmacéutica y perjudica tanto al erario público -las fórmulas magistrales son más baratas- como a los farmacéuticos que las preparan, lesionando su derecho de libertad de empresa así como el derecho a la libre prescripción de los médicos. En el escrito de recurso insiste en los mismos puntos que amplía con mayor información.

2. La decisión de archivo objeto del recurso no examina si la exclusión que el Convenio hace de las fórmulas magistrales en la cláusula antes citada es legal o no, ni si es conveniente o inconveniente, aunque en el Informe posterior parezca aludirse a que el ejercicio que el Servicio Andaluz de la Salud ha hecho de sus facultades no ha sido ilegal. La razón del archivo es que, al celebrarse el Convenio en el ejercicio de funciones públicas, el Convenio constituye un acto administrativo y por ello "no puede ser calificado como práctica restrictiva de la competencia prohibida por las normas españolas", como dice el Acuerdo de archivo, esto es, no está incluido en el Art. 1 LDC, correspondiendo a la jurisdicción contenciosa decidir si el ejercicio de las facultades conferidas ha sido o no acorde con

la Ley. Específicamente con la normativa sanitaria y la legislación de contratación del Estado que son los dos bloques normativos que constituyen el "régimen jurídico" a que expresamente se somete el contrato según su cláusula segunda.

El Tribunal entiende que el fundamento del archivo de la denuncia es acertado y que procede desestimar el recurso y confirmar el acto recurrido.

Por todo ello, el Tribunal

### **RESUELVE**

Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación Andaluza de Farmacéuticos de Fórmulas Magistrales contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 17 de junio de 1998 por el que archivó la denuncia de la recurrente contra el Servicio Andaluz de la Salud por el convenio por éste celebrado con el Consejo General de Colegios Farmacéuticos.

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 ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.