

RESOLUCIÓN (Expte. r 108/95, Farmacia Santander)

Pleno

Excmos. Sres.:

Alonso Soto, Presidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 3 de julio de 1995.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Ricardo Alonso Soto, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 108/95 (1159/94 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por D. Pedro de Anca Martín contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 21 de diciembre de 1994 por el que se archivaron las actuaciones realizadas como consecuencia de su denuncia contra el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Cantabria.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 21 de octubre de 1994 el Sr. Anca Martín presentó una denuncia contra el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Cantabria por infracción de los arts. 1, apartados b) y c) y 6, apartados 2.b) y 2.c) de la Ley de Defensa de la Competencia, al haberle sido denegada la licencia de apertura de una oficina de farmacia en Santander.
2. La Dirección General de Defensa de la Competencia acordó el archivo de la denuncia el 21 de diciembre de 1994, considerando:
 - "1. De acuerdo con las disposiciones vigentes, los Colegios Provinciales de Farmacéuticos tienen atribuida la facultad de tramitar y en el caso de Cantabria, asimismo, autorizar la apertura de nuevas instalaciones de farmacias.
 2. El Real Decreto 909/78 de 14 de abril, así como las disposiciones que lo desarrollan, regulan los requisitos de establecimiento, transmisión o integración de las oficinas de farmacia.

3. El Tribunal Constitucional en sentencia de 24 de julio de 1984, declaró constitucional el principio de limitación y regulación del establecimiento de oficinas de farmacia.

El alto Tribunal, en la citada sentencia, en la que se derogó la base XVI de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, considera constitucionalmente inválida la habilitación genérica al Gobierno para dictar, sin restricción alguna, una normativa reservada en principio a la Ley.

Ello no obsta para que afirme dicha sentencia que "... la derogación de la norma legal cuestionada no entraña por sí misma la invalidez de las normas reglamentarias dictadas hasta el presente en su amparo", por lo que se mantiene la vigencia del Real Decreto 909/78 de 14 de abril.

4. Como reiteradamente ha señalado el Tribunal de Defensa de la Competencia, no toda manifestación de un Colegio Profesional es un acto administrativo, sin embargo, en el caso actual, los hechos denunciados reúnen los requisitos del mismo. Como se recoge en la Resolución del TDC de 28 de julio de 1994: "Acto administrativo es la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª de 17 de noviembre de 1980). El sujeto de la declaración en que el acto administrativo consiste ha de ser una Administración a través de un órgano dotado de la competencia oportuna... El acto administrativo, por tanto, ha de recaer sobre una materia cuyo contenido ha de ser administrativo (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1981), produciendo los efectos jurídicos que la potestad tiene como propios. No hay potestad sin norma previa y todas las potestades están tasadas, no existiendo potestades indeterminados."

Por todo ello, teniendo en cuenta las facultades atribuidas al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Cantabria, y la vigencia del Real Decreto 909/78, la revisión de los hechos denunciados debe hacerse en vía administrativa y contenciosa."

3. Contra dicho Acuerdo interpuso recurso ante el Tribunal el Sr. Anca Martí el 18 de enero de 1995.

Dado que el recurso no estaba fundamentado, el Tribunal, por Providencia de 19 de enero, concedió al Sr. Anca un plazo para que subsanara dicho defecto procesal.

El Sr. Anca presentó escrito de fundamentación del recurso el día 27 de enero.

4. Con fecha 31 de enero de 1995 el Tribunal solicitó del Servicio de Defensa de la Competencia el expediente y el correspondiente Informe.

Ambos documentos se recibieron en el Tribunal el día 7 de febrero de 1995.

5. Con fecha 10 de febrero de 1995 se dictó Providencia poniendo de manifiesto el expediente al recurrente y al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Cantabria para que formularan alegaciones.
6. El Sr. Anca alega, de un lado, la falta de vigencia del R.D. 909/78, al ser declarada inconstitucional la Base XVI de la Ley de Bases de Sanidad Nacional, que era la norma fundamental en torno a la cual se construía el desarrollo reglamentario que establece las restricciones a la apertura de las oficinas de farmacia por el Tribunal Constitucional, y ser posteriormente derogada dicha Base por la Ley del Medicamento; y combate, de otro, la afirmación del Servicio de Defensa de la Competencia de que la autorización o denegación de la apertura de las oficinas de farmacia es un acto administrativo al que no puede aplicarse la Ley de Defensa de la Competencia
7. En sus alegaciones, presentadas el día 8 de marzo de 1995, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Cantabria, dijo:

- Que el Sr. Anca ha promovido diversas peticiones de apertura de oficinas de farmacia en Santander, las cuales le han sido denegadas por el Colegio en aplicación del R.D. 909/78, y que los recursos contencioso-administrativos presentados contra los acuerdos denegatorios han sido desestimados por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en sentencia de 21 de mayo de 1990 y por el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de enero de 1993.
- Que tanto el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 24 de julio de 1984, como el Tribunal Supremo, en sentencias de 28 de septiembre de 1983, 3 de abril de 1984, 23 de abril de 1986, 13 de diciembre de 1987 y 4 de noviembre de 1988, han avalado la vigencia del citado R.D. 909/78.
- Que, por lo demás, se adhiere a las razones esgrimidas por la Dirección General de Defensa de la Competencia en su Acuerdo

de archivo.

8. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre este recurso en su sesión del día 1 de junio de 1995.
9. Son interesados:
 - D. Pedro de Anca Martín.
 - Colegio Oficial de Farmacéuticos de Cantabria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Una vez más se plantea ante el Tribunal de Defensa de la Competencia un recurso en el que se cuestiona la compleja regulación legal de las oficinas de farmacia desde el punto de vista del Derecho de la Competencia.
Sin embargo, con independencia de que este Tribunal considere que la regulación sobre distancias mínimas y número de habitantes necesarios para establecer una nueva farmacia constituye una auténtica barrera de entrada que impide el acceso al libre ejercicio profesional y consagra una situación de restricción de la competencia, lo cierto es que, en los momentos actuales, dicha regulación (contenida fundamentalmente en el Real Decreto 909/78, declarado vigente por el Tribunal Constitucional en sentencia de 24 de julio de 1984) está en vigor y goza de cobertura legal, de modo que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, no es posible la aplicación a este caso concreto de las prohibiciones sancionadas en dicha Ley.
2. Ello no obstante, el apartado 2 del anteriormente citado art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia faculta al Tribunal para elevar propuestas al Gobierno de modificación de las situaciones de restricción de la competencia que, como en el presente caso, están establecidas de acuerdo con normas legales o reglamentarias.

El Tribunal, haciendo uso de esta facultad, ha elaborado un Informe en el que aborda, entre otras cuestiones, la liberalización del sector de las oficinas de farmacia, y en el que se propone la modificación del R.D. 909/78, al considerar que un sistema de limitación de la apertura de las oficinas de farmacia no resulta justificado ni desde el punto de vista de los principios de libertad de ejercicio de las profesiones liberales y de libertad de empresa, consagrados por la Constitución, ni desde la óptica del interés público que reclama un número mayor de farmacias para una mejor atención a la población (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1987) o de la planificación sanitaria que, tratándose de

actividades privadas, debe limitarse a establecer los mínimos de farmacias por habitante y territorio y nunca a regular los máximos.

3. La segunda de las cuestiones debatidas en el recurso es la afirmación contenida en el Acuerdo de Archivo relativa a que la denegación por un Colegio de Farmacéuticos de la autorización es un acto administrativo al que no puede aplicarse la Ley de Defensa de la Competencia.

Tiene razón el recurrente al cuestionar esta posición de la Dirección General de Defensa de la Competencia puesto que la doctrina del Tribunal, contenida entre otras en la Resolución de 28 de julio de 1994, es que, si bien no es competente para proceder a la revisión de los actos administrativos, los cuales deben ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin embargo, dado que el Tribunal debe aplicar la Ley de Defensa de la Competencia a todas aquellas situaciones de restricción de competencia que hayan sido creadas por operadores económicos privados o públicos, debe proceder, en consecuencia, a analizar el carácter con el que estos últimos operadores intervienen para determinar si les resulta o no aplicable dicha legislación.

4. Analizado el caso concreto, resulta que la Administración ha delegado en los Colegios de Farmacéuticos la facultad de conceder las autorizaciones para el establecimiento o apertura de oficinas de farmacia.

El hecho denunciado por el Sr. Anca es, pues, un acto administrativo del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Cantabria, que no puede ser revisado por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

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

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por el Sr. Anca contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de 21.12.1994 por el que se archivan las actuaciones del expediente 1159/94 y confirmar el citado Acuerdo de archivo.

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