



RESOLUCIÓN

(Expte. 639/08 Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha)

Consejo

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a María Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

Madrid a, 14 de abril de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia con la composición arriba expresada, y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador nº 639/08 Colegio de Farmacéuticos Castilla-La Mancha (Expte. nº 2744/06 de la Dirección de Investigación), que trae causa de la denuncia presentada por la farmacéutica D^a Blanca Isabel Galindo Martínez contra el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha y el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en suscribir un acuerdo de colaboración en relación con el suministro de medicamentos y productos sanitarios a los centros socio sanitarios tanto públicos como concertados y privados de Castilla-La Mancha.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 5 de diciembre de 2006 tuvo entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia denuncia presentada por D^a Blanca Isabel Galindo Martínez, titular de una oficina de farmacia situada en Noblejas (Toledo) contra el Consejo de Colegios de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha y el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en suscribir un acuerdo de colaboración en relación con el suministro de medicamentos y productos



sanitarios a los centros socio-sanitarios tanto públicos como concertados y privados de Castilla-La Mancha.

En concreto y a modo de resumen, la denunciante considera que el acuerdo denunciado establece un reparto del mercado de suministro de medicamentos por las oficinas de farmacia a las residencias socio sanitarias privadas de Castilla-La Mancha, al instaurar turnos rotatorios de asistencia farmacoterapéutica por las oficinas de farmacia que distorsiona la competencia en dicho mercado al impedir a todas las residencias, incluidas las privadas, regirse por la libertad de contratación a la hora de ser suministradas por las oficina de farmacia. Además el citado acuerdo también restringiría el principio de libertad de precios, por cuanto impone una reducción en el precio de venta, al exigir a la oficina de farmacia adherida al turno una bonificación del 6% a favor del SESCAM sobre el precio de facturación de los medicamentos procedentes de los centros socio sanitarios objeto del acuerdo. Dicha bonificación afectaría al margen farmacéutico, incidiendo así en una materia competencia exclusiva del Estado, como es la fijación del margen de las oficinas de farmacia.

2. Tras la realización de diversas diligencias de información reservada, el Director General de Defensa de la Competencia, mediante Providencia de 16 de abril de 2007, acordó la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia contra el Consejo de Colegios de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha y el SESCAM, al que se incorporó todo lo actuado bajo el marco de la información reservada realizada.

Por Providencia de fecha 11 de julio de 2007 el Servicio de Defensa de la Competencia propuso el sobreseimiento, por cuanto se considera que el SESCAM no actúa en la firma del acuerdo denunciado como operador económico en el mercado, porque *“no presta esos servicios, sino que se limita, de acuerdo con la normativa vigente, a regular esta prestación”*. No obstante esta conclusión, el instructor valora si el citado acuerdo entre el SESCAM y el Consejo de Colegios de Farmacéuticos tiene por objeto o efecto restringir la competencia, y afirma: *“En consecuencia, la competencia afectada por el acuerdo es la que pudiera existir entre las oficinas de farmacia únicamente por suministrar las especialidades incluidas en la prestación del SNS [Sistema Nacional de Salud] ¿Es el posible efecto sobre esa competencia suficiente para que las autoridades de competencia intervengan? A este respecto conviene recordar que el Derecho de la Competencia tiene por objetivo defender la competencia en tanto que ésta garantice la asignación eficiente de recursos que maximice el bienestar del consumidor. En consecuencia, cabe preguntarse si el posible efecto sobre la competencia del acuerdo analizado afecta al bienestar del consumidor. Pues bien, la respuesta debe ser negativa. En efecto, como consecuencia del citado acuerdo el consumidor final – en el presente caso, el residente – no se ve afectado por el mismo, ya que mantiene libertad absoluta para elegir la oficina de farmacia a la que dirigirse. Sólo se verá afectado el intermediario, esto es, el gestor de la residencia que en ningún caso es el*



consumidor final del producto. Efecto sobre el intermediario que en modo alguno se trasladará al consumidor final y su bienestar. Por tanto, puede considerarse que el posible efecto sobre la competencia del acuerdo analizado es irrelevante.

Es más, la bonificación del 6% que el SESCAM exige a las oficinas que decidan participar en el convenio sí que tendrá un efecto positivo indudable sobre el gasto farmacéutico y el uso racional de los medicamentos y, por tanto, sobre el interés público.

Por lo tanto, de acuerdo con todo lo anterior se puede concluir que el acuerdo entre el SESCAM y el Consejo de Colegios de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha no constituye un acuerdo prohibido.”

3. A la vista de las alegaciones presentadas por la denunciante a la citada Providencia de sobreseimiento y de las aclaraciones solicitadas al SESCAM sobre determinados puntos, por Providencia de 14 de marzo de 2008 la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) acuerda formular Pliego de Concreción de Hechos, y el 16 de abril de 2008 eleva al Consejo de la CNC Informe Propuesta imputando al Consejo de Colegios de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha y al SESCAM la autoría de una conducta prohibida por el art. 1 LDC, consistente en la firma de un “Acuerdo para regular la atención farmacoterapéutica de las personas atendidas en los centro socio-sanitarios públicos, concertados y privados a través de un sistema de turnos entre aquellas oficinas de farmacia que lo deseen y el establecimiento de una bonificación al SESCAM del 6% de la facturación de medicamentos procedentes de los centros socio-sanitarios que tengan más de 50 residentes”.
4. Por Acuerdo de 7 de mayo de 2008 el Consejo de la CNC admitió a trámite el expediente, designó ponente y puso de manifiesto el expediente a los interesados para que en el plazo legal de 15 días pudieran proponer las pruebas que estimasen necesarias y la celebración de Vista.
5. Con fecha de 23 de septiembre de 2008 el Consejo de la CNC adoptó Acuerdo sobre prueba y vista, en el que resolvió admitir la práctica de determinadas pruebas solicitadas por el Consejo de Colegios de Farmacéuticos, denegar otra así como no acceder a la celebración de la vista solicitada por el SESCAM
6. Finalizado el periodo probatorio, por Acuerdo del Consejero Ponente de 9 de diciembre de 2008 se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan conclusiones, lo que hizo el SESCAM mediante escrito de 22 de diciembre de 2008 (f. 138 a 147 del Consejo), la denunciante por escrito de fecha 29 de diciembre de 2008 (f. 141 a 143 del Consejo), y el Consejo de Colegios de Farmacéuticos por escrito de 8 de enero de 2009 (f. 144 a 163 de Consejo).



7. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este expediente en su sesión de 25 de marzo de 2009.
8. Son partes interesadas en este expediente sancionador:
 - D^a Blanca Isabel Galindo Martínez
 - Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha
 - Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM)

HECHOS PROBADOS

Se consideran como hechos acreditados relevantes los siguientes:

1. Según el artículo 69 de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, el SESCAM tiene atribuida la competencia para la gestión de las prestaciones farmacéuticas y complementarias.
2. El 22 de diciembre de 2003, el SESCAM y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla La-Mancha suscribieron un Concierto, cuyo objetivo es fijar las condiciones en que los farmacéuticos titulares de las oficinas de farmacia establecidas legalmente en Castilla-La Mancha colaborarán profesionalmente con el SESCAM en lo referente a la dispensación, de las especialidades farmacéuticas, efectos y accesorios, fórmulas magistrales y preparados oficiales y demás, que estén incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

El artículo 9.1 de dicho Concierto contiene una cláusula adicional que establece que se podrán establecer acuerdos provinciales entre el SESCAM y el Colegio o los Colegios Oficiales de Farmacéuticos para la colaboración profesional en el suministro, custodia, control y dispensación de medicamentos y efectos accesorios incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud a las residencias socio-sanitarias ubicadas dentro de su mismo ámbito territorial provincial.

3. El 29 de junio de 2006 se firmó el acuerdo denunciado entre el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha y el Servicio de Salud de Castilla La Mancha (SESCAM) por el que se regula la atención farmacoterapéutica de personas atendidas en los centros socio sanitarios públicos, concertados y privados, de Castilla-La Mancha.

Este acuerdo tiene por objeto determinar la forma y condiciones de la dispensación de recetas de medicamentos, efectos y accesorios, prescritas para las personas residentes en los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha, con el fin de garantizar el cumplimiento de la Ley del Medicamento, evitar prácticas irregulares y conseguir el uso racional de los medicamentos.

El acuerdo establece, entre otras, las dos obligaciones siguientes:



- 1.- Los Colegios Oficiales de Farmacéuticos establecerán turnos de atención farmacoterapéuticas entre las oficinas de farmacia, con el fin de garantizar la participación de todas aquellas oficinas de farmacia que lo deseen.
- 2.- Las oficinas de farmacia que dispensen recetas de pacientes residentes en los centros socio-sanitarios objeto de este acuerdo y que tengan más de 50 residentes, bonificarán al SESCAM una cantidad equivalente al 6% de PVP de la facturación de medicamentos procedentes de los centros socio-sanitarios objeto de este acuerdo.
4. Según el artículo 2 de la Ley 5/2005 de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha un centro socio sanitario es “todo aquel centro público o privado que atienda a sectores de población tales como ancianos, personas con discapacidad, enfermos mentales y cualquiera otros cuyas condiciones de salud requieran, además de las atenciones sociales que les presta el centro, determinada asistencia sanitaria”.

La prestación que ofrecen estos centros a los pacientes no incluye la prestación farmacéutica, de forma que el residente debe acudir a su médico para que le prescriba el medicamento que precisa en una receta de la Seguridad Social, siendo conforme al artículo 69 de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, el SESCAM el responsable de la prestación de asistencia farmacéutica pública a los pacientes que residen en centros socio sanitarios de su ámbito territorial.

5. Según el acuerdo denunciado, el sistema para establecer los turnos de farmacia y adquirir las recetas sería el siguiente: El paciente ingresado en un centro socio sanitario tiene asignado un médico de atención primaria a cuya consulta puede acudir personalmente como cualquier paciente. La medicación prescrita en esta consulta mediante receta del SESCAM puede ser dispensada por cualquier oficina de farmacia de Castilla-La Mancha. En el resto de los casos, en los que la residencia socio sanitaria interviene en la asistencia médico-farmacéutica del paciente ingresado, no existe posibilidad de decisión individual, y le correspondería al SESCAM organizar el suministro de medicamentos a través de la vía de la concertación con las oficinas de farmacia, estableciendo turnos de suministro entre ellas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición Transitoria Primera de esta Ley, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas



prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitaran y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

Segundo.- Constituye el objeto de la presente Resolución determinar si, como afirma la DI y propone al Consejo de la CNC, resulta acreditada la realización por el SESCAM y el Consejo de Colegios de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha de un acuerdo de reparto del mercado prohibido por el art. 1.1 LDC.

Pero antes de entrar sobre el fondo del asunto, es preciso resolver con carácter previo las alegaciones de orden procedimental formuladas por el SESCAM, que ha alegado haberle sido denegadas oportunidades de defensa legalmente previstas, en tanto que en ningún momento ha conocido los argumentos de la parte denunciante, y en cuanto se ha rechazado su solicitud de celebración de vista.

La celebración de la vista, junto con las conclusiones escritas, es una de las dos formas previstas por la LDC para concluir la instrucción del expediente ante el Consejo. De hecho, de la lectura del art. 41.1 LDC parece desprenderse que la forma normal de terminación es mediante escrito de conclusiones de las partes, y que corresponde sólo al Consejo, de oficio o a instancia de parte, acordar la celebración de la vista cuando “lo considere necesario”. Por ello, no puede haber indefensión por limitación de los derechos de defensa causada por el acuerdo del Consejo de 23 de septiembre de 2008 de sobre prueba y vista, que deniega la solicitud del SESCAM de no celebrar vista.

Los expedientes sancionadores en materia de defensa de la competencia se inician siempre de oficio por parte de la DI, incluso cuando es mediante denuncia. Es la DI, en defensa de la institución de la libre competencia como principio rector de la económica de mercado, la que tiene por Ley (art. 37.1 LDC) la facultad fijar la imputación mediante la formulación del correspondiente Pliego de Concreción, en el que se recogen los hechos que pueden ser constitutivos de infracción, y que debe ser notificado a los presuntos infractores, para que se defiendan de los mismos realizando las alegaciones y proponiendo los medios de prueba que juzguen convenientes. Así lo ha hecho el SESCAM y la otra parte imputada, por lo que el supuesto desconocimiento de los argumentos de la denunciante en nada ha podido afectar a sus oportunidades de defensa.

Tercero.- Entrando ya sobre el fondo, y puesto que la prohibición de acuerdos colusorios del art. 1 LDC sólo se aplica a conductas de empresas u operadores económicos, la presencia del SESCAM como parte del acuerdo controvertido exige determinar, con carácter previo, si en relación con la concreta conducta imputada por la DI ha actuado como operador económico o más bien como regulador, porque en este segundo caso el precepto citado no sería de aplicación al SESCAM.

La DI consideró, en un primer momento, que el SESCAM no actúa como operador económico en el mercado de suministro de medicamentos y productos sanitarios a los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha, porque no presta esos servicios, sino que de acuerdo con la normativa vigente



se limita a regular esta prestación que forma parte del Sistema Nacional de Salud. Pero, posteriormente, con los nuevos datos aportados al expediente, la DI modificó su valoración jurídica considerando que el SESCAM sí actúa como operador económico al organizar las compras de medicamentos a los vendedores (oficinas de farmacia), afectando a la competencia entre ellos en la medida en que establece un reparto del mercado. Y, adicionalmente, al disponer una bonificación del 6% sobre el precio de facturación de los medicamentos suministrados a las residencias que tienen más de 50 pacientes, el SESCAM estaría afectando también por esta vía la competencia entre oficinas de farmacia.

La denunciante muestra su conformidad con la valoración jurídica formulada por la DI en su Informe Propuesta. Por el contrario las dos partes imputadas en el expediente consideran que no es aplicable la LDC a los hechos enjuiciados, por cuanto el SESCAM no actúa como operador económico, sino que de acuerdo con la normativa vigente se limita a regular una prestación a su cargo: la prestación de la asistencia farmacéutica pública a los pacientes residentes en centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha, que se puede realizar por medios propios a través del suministro directo desde servicios de farmacia hospitalaria, o con medios ajenos a través de la concertación con las oficinas de farmacia. Y añaden que el hecho de que esa regulación produzca efectos en el mercado no convierte al regulador en operador económico, como así habría señalado el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en diversas resoluciones (Expte. 419/97, Porvesal y Expte. r 366/99 Mercamálaga).

Según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJ), en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia el concepto de empresa comprende cualquier entidad que desarrolla algún tipo de actividad económica o comercial, independientemente del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (entre otras muchas, STJ de 23/04/1991, Asunto C-41/90 Höfner y Elser, apartado 21). El TDC ha adoptado este concepto de empresa, que se identifica con la más amplia y nihilista noción de operador económico, elevado a la categoría de concepto legal por virtud de la Disposición adicional cuarta.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: “A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”.

Este concepto amplio y funcional de empresa pone de relieve que lo relevante para el Derecho de la competencia no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta ha causado o es apta para causar un resultado económicamente dañoso o restricción a la competencia en el mercado. Para ello es necesario que la conducta desarrollada de forma autónoma tenga naturaleza económica; constituya una actividad económica, entendida ésta en sentido amplio y en beneficio del criterio funcional que debe presidir la aplicación, en este caso, del art. 1 LDC. Así, en constante doctrina que es tributaria de la jurisprudencia comunitaria, el TDC ha señalado que por



actividad económica se entiende “cualquier actividad de producción o intercambio no gratuito de bienes o servicios” (RTDC de 10/07/1990, Expte. 271/90). En igual sentido y más recientemente, la Audiencia Nacional ha afirmado que la conducta prohibida por el art. 1 LDC “puede ser realizada por cualquier agente económico –término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado–” (SAN de 18-2-09, recurso nº 327/2006, Ambulancias Ourense).

En el caso que nos ocupa, de acuerdo con la legislación sectorial aplicable, el SESCAM es el organismo público legalmente responsable de la prestación farmacéutica o farmacoterapéutica pública a los pacientes ingresados en centros socio sanitarios de su ámbito territorial (art. 69 Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha), y como tal puede prestar este servicio público de dos formas: (a) directamente o por medios propios suministrando los productos desde servicios de farmacia hospitalaria, y (b) indirectamente mediante la concertación con las farmacias. Al optar por una u otra forma de prestación del servicio público el SESCAM ejerce la potestad pública que le corresponde como operador sanitario no sometido a las normas de defensa de la competencia. Pero una vez que ha optado, la actividad del SESCAM en la provisión del servicio en nada se diferencia a la de un operador económico privado. En el primer supuesto, la Administración actuará como operador económico cuando adquiere los medicamentos y otros productos incluidos en la prestación farmacéutica pública, si bien sometido a la normativa de contratación del sector público, lo que en teoría debería excluir la aplicación de la legislación de defensa de la competencia por virtud de lo dispuesto en la primera frase del art. 2.1 LDC (actualmente, art. 4.1 Ley 15/2007). De igual modo, el SESCAM al optar por la prestación indirecta del servicio se convierte formal y materialmente en cliente de las oficinas de farmacia, plenamente sometido en su actuación como operador económico al Derecho de defensa de la competencia, pues como se señala en la segunda frase del citado art. 2.1 LDC (actualmente, art. 4.2 de la Ley 15/2007) la prohibición de prácticas colusorias se aplica incluso a las situaciones de restricciones de competencia que se derivan “del ejercicio de otras potestades administrativas” o que “sean causadas por la actuación de los poderes públicos” sin el amparo legal al que se refiere la frase anterior del mismo precepto legal.

La actividad de compra de un bien o servicio es conceptualmente una actividad económica. No obstante, el TJ ha introducido alguna matización cuando los productos comprados se destinan al ejercicio de una actividad que no tiene tal carácter económico. En efecto, en su sentencia de 11 de julio de 2006, coincidiendo con el Tribunal de Primera Instancia (TPI), el TJ señala que “no procede disociar la actividad de compra de un producto del uso posterior que se dé a éste para apreciar la naturaleza de tal actividad de compra, y que el carácter económico o no del uso posterior del producto adquirido determinada necesariamente la naturaleza de la actividad de compra” (Asunto C-205/03 P, FENIN, apartado 26).



No obstante, dada la funcionalidad del concepto de empresa en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia, este Consejo de la CNC considera que la citada interpretación del TJ no se puede dissociar del supuesto de hecho de la sentencia, sustancialmente distinto de la conducta del SESCAM analizada en este expediente. Los hitos fundamentales del asunto resuelto por el TJ fueron los siguientes. La Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) denunció ante la Comisión Europea la existencia de un abuso de posición dominante en el sentido del art. 82 TCE, supuestamente cometido por veintiséis entes gestores del Sistema nacional de Salud (SNS) español, y consistente en abonar sistemáticamente las cantidades adeudadas a sus empresas asociadas con un retraso medio mayor que los plazos más razonables en que eran satisfechas las deudas contraídas con otros prestadores de servicios, discriminación que según la denunciante era posible debido a la posición dominante de tales organismos públicos en el mercado español de productos sanitarios. La Comisión en su Decisión de 26/08/1999 desestimó la denuncia por un doble motivo. Por una parte porque «los veintiséis ministerios y organismos denunciados no son empresas cuando participan en la gestión del servicio de sanidad pública» y, por otra parte, que «la posición de demandante de los veintiséis ministerios y organismos denunciados no se puede dissociar de la oferta posterior». Por consiguiente, las entidades gestoras del SNS no actúan como empresas cuando compran productos sanitarios a los miembros de la demandante...» (apartado 3 de la STPI de 4 de marzo de 2003, Asunto T-319/99, FENIN). El TPI confirma esta apreciación de la Comisión en esta sentencia citada, considerando que «una entidad que compra un producto, aun cuando lo haga en grandes cantidades, no para ofrecer bienes o servicios en el marco de una actividad económica, sino para utilizarlo en el marco de otra actividad, como, por ejemplo, una actividad de carácter meramente social, no actúa como empresa por el simple hecho de que se comporte como un comprador en un mercado. Si bien es cierto que dicha entidad puede ejercer un poder económico muy importante, que, en su caso, podría dar lugar a una situación de monopsonio, también lo es que, en la medida en que la actividad para cuyo ejercicio adquiere los productos no tiene carácter económico, no actúa como empresa en el sentido de la normativa comunitaria en materia de competencia, de tal modo que no se le aplican las prohibiciones previstas en los artículos 81 CE, apartado 1, y 82 CE.». Apreciación del TPI que, como se ha dicho, ha sido confirmada por el TJ en su sentencia de 11/07/2006, As. C-205/03 P.

En este expediente sancionador, la imputación de la DI al SESCAM no se refiere a su actividad de compra (conducta individual) de productos farmacéuticos para la prestación del servicio público de asistencia farmacoterapéutica a residentes en los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha, sino a una conducta bien distinta y de origen concertado: el concierto o acuerdo que alcanza con el Consejo de Colegios de Farmacéuticos para que estos establezcan turnos rotatorios entre las farmacias que, voluntariamente y conforme a los criterios que fijan los Colegios de Farmacéuticos, se adhieran a tal sistema de dispensación de productos farmacoterapéuticos incluidos en el



SNS y prescritos por sus facultativos a pacientes ingresados en los centros socio sanitarios. No regula, pues, el convenio cómo y a quién el SESCAM va a adquirir o comprar productos farmacéuticos –una actividad que estaría sujeta a la normativa de contratación del sector público, en principio presidida por principios como los de transparencia, no discriminación y libre competencia que comparte con el Derecho de defensa de la competencia–, sino cómo y qué oficinas de farmacia dispensarán (venderán, en términos económicos) a los centros socio sanitarios (públicos, concertados y privados) de Castilla-La Mancha productos farmacéuticos prescritos a pacientes ingresados en tales residencias. No estamos, en definitiva, ante una conducta unilateral del SESCAM relativa a la compra de productos que se usan para la prestación de un servicio público que no tiene carácter económico, porque está regido por el principio de solidaridad, sino ante una conducta concertada con la organización corporativa de las oficinas de farmacia por la que se diseña el sistema de suministro por éstas de la prestación farmacéutica pública concernida. En realidad, bien se pudiera decir que la conducta del SESCAM consiste materialmente en atribuir apariencia pública a un acuerdo de reparto del mercado que diseñan e implementan posteriormente cada uno de los Colegios de Farmacéuticos. Conducta que no puede pretenderse comprendida en el haz de facultades públicas que le corresponden por su naturaleza de gestor público, en su ámbito territorial, de un sistema nacional de salud que se rige por el principio de solidaridad.

Dicho lo cual, procede insistir en que ni la DI ni este Consejo cuestionan la competencia del SESCAM para alcanzar acuerdos con el Consejo de Colegios de Farmacéuticos que tengan por objeto la atención farmacoterapéutica de personas atendidas en los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha. La imputación de la DI se circunscribe al pacto del punto 2 del acuerdo de 29 de junio de 2006, en virtud del cual “los Colegios Oficiales de Farmacéuticos establecerán los turnos de atención farmacoterapéutica por las oficinas de farmacia”, respecto del cual considera la DI que el SESCAM no habría actuado como regulador sino como operador económico, una afirmación que este Consejo comparte. Como responsable legal de la prestación farmacoterapéutica pública a los residentes en los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha, al SESCAM le compete decidir la forma de gestión de este servicio público, estableciendo cómo y a quién adquiere los productos y servicios necesarios a tal fin, y este ámbito de actuación se sitúa extramuros del Derecho de defensa de la competencia. Pero el SESCAM se sitúa fuera de sus potestades regulatorias y, por ello, dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia, cuando acuerda, consiente o ampara una conducta claramente anticompetitiva de reparto del mercado, como sin lugar a dudas lo es el establecimiento, por los Colegios de Farmacéuticos, de un mecanismo de organización colegiada de la actividad de dispensación o suministro de las oficinas de farmacia mediante la instauración de turnos rotatorios y respecto de la prestación farmacoterapéutica pública a residentes de los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha. A juicio del Consejo, esta conducta difiere notablemente del supuesto de hecho de la STJ antes citada,



por lo que se debe concluir que a este expediente sancionador no resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial allí establecida por el Tribunal de Justicia.

Pero aún en el caso de considerarse que el SESCAM actuó como regulador al amparar o consentir en dotar de ropaje público al acuerdo de los Colegios de Farmacéuticos de creación de turnos rotatorios entre las oficinas de farmacia, este Consejo considera que tal conclusión no eximiría a la otra parte del acuerdo, el Consejo de Colegios de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha, de la responsabilidad que le imputa la DI por infracción del art. 1 LDC. De acuerdo con el punto 2 del referido acuerdo de 29 de junio de 2006 son los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha, a través del Presidente del Consejo de Colegios Oficiales de Castilla-La Mancha, quienes «organizan el suministro» de medicamentos y otros productos incluidos en las prestación farmacoterapéutica pública a los residentes en los centros socio sanitarios, constando en el expediente la normativa aprobada al efecto por el Colegio de Farmacéuticos de Toledo (f. 9 DI).

Cuarto.- Corrigiendo su inicial valoración jurídica, en el sentido de que el acuerdo de 29 de junio de 2006 no tenía por objeto impedir la competencia y su posible efecto era irrelevante (Antecedente Hecho 2), en el Informe Propuesta la DI considera que el establecimiento por los Colegios de Farmacéuticos de un turno rotatorio entre las farmacias para la atención de la prestación farmacoterapéutica a los residentes en los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha afecta a las condiciones de competencia entre las oficinas de farmacia en el suministro de medicamentos a tales centros, pues por un lado indica quién tiene que dispensar los medicamentos y a quién, y por otro, establece una bonificación del 6% sobre el precio de facturación, que viene a representar el beneficio que obtiene el SESCAM por su actuación como operador económico.

El SESCAM ha alegado que el objeto del acuerdo no es impedir la competencia estableciendo un reparto del mercado y restringiendo la libertad de precios, sino alcanzar el objetivo de garantizar un uso racional del medicamento y evitar prácticas irregulares. Igualmente considera que la competencia no desaparece respecto a los productos que no reembolsa el SESCAM ni afecta a la libertad del residente o destinatario de la receta médica de dirigirse a la farmacia que desee. Por ello, el acuerdo no afectaría al consumidor final o residente (que sería el objetivo del Derecho de la competencia) sino sólo al intermediario, el gestor de la residencia socio sanitaria, que en modo alguno trasladaría las ventajas que estaría obteniendo al bienestar del consumidor final o paciente. Por el contrario, sostiene que el acuerdo permite obtener una bonificación a costa de las farmacias que sí tiene un efecto positivo sobre el gasto farmacéutico y el uso racional del medicamento y, por tanto, sobre el interés público.

En el mismo sentido, el Consejo de Colegios de Farmacéuticos ha alegado que el acuerdo denunciado no reparte el mercado, pero tampoco deja de reconocer que afecta al mercado, aunque a una “parte ínfima”: al 1,22 % de la población



castellanomanchega, que es el porcentaje que representan las plazas en los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha respecto del total. A igual conclusión se llegaría si se analiza el número de plazas en los centros socio sanitarios sobre el total de pensionistas de la Comunidad Autónoma, como también si se considera que el acuerdo solo afecta a los medicamentos y productos reembolsados por el SESCAM (el 0,97% del total del mercado regional), que aún sería inferior si sólo se tienen en cuenta los centros socio sanitarios privados (f. 157 Consejo).

El Consejo comparte la alegación de que el acuerdo de 29 de junio de 2006 no tiene por “objeto” establecer un reparto del mercado de la prestación farmacéutica pública a residentes de los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha, pero también considera que esa no es la imputación que formula la DI, sino otra bien distinta: que el SESCAM y el Consejo de Colegios de Farmacéuticos han acordado el establecimiento por parte de los Colegios de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha de turnos entre las oficinas de farmacia para el suministro directo de la prestación farmacéutica a centros socios sanitarios. Acuerdo de establecimiento de turnos que objetivamente sí tiene por objeto limitar la competencia mediante la segmentación territorial y temporal del mercado de producto afectado. De hecho, el propio SESCAM en su escrito de conclusiones reconoce que “con el acuerdo el SESCAM efectúa una selección de proveedores... garantizándoles a cambio el reparto de una parte del mercado, como es la prestación farmacéutica financiada por el SESCAM no dispensada individualmente a los pacientes, sino la suministrada directamente a la residencia”. En todo caso, el art. 1 LDC prohíbe también los acuerdos, prácticas concertadas, decisiones o recomendaciones que tengan o puedan tener por “efecto” restringir la competencia en el mercado considerado, y en la letra c) del número 1 menciona expresamente como conducta colusoria prohibida “el reparto del mercado”.

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria y la doctrina del TDC, una vez demostrado que un acuerdo tiene por objeto restringir el juego de la competencia, huelga atender a sus efectos concretos (apartado 20 de la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del art. 81.3 TCE). No obstante, el Consejo considera que el establecimiento por los Colegios de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha de turnos rotarios entre las farmacias para suministrar productos farmacoterapéuticos directamente a los centros socio sanitarios, cualquiera que fuese la intención o el objetivo perseguido por las partes con la firma del acuerdo de 29 de junio de 2006, produce un efecto claramente restrictivo de la competencia entre las farmacias, que no se puede calificar de irrelevante o ínfimo. La regulación del sector farmacéutico deja muy poco espacio a la competencia real y potencial entre farmacias. Existen numerosas y relevantes barreras de entrada al mercado, y las oficinas de farmacia instaladas en el mercado apenas pueden competir en precios, que es el principal factor de competencia en la prestación de cualquier producto o servicio en el mercado. Por ello, no se puede considerar como irrelevante una conducta, como el referenciado turno rotatorio entre farmacias, que cercena el



escaso margen de libertad de competencia que legalmente puede existir entre estos operadores económicos, impidiéndoles competir por hacerse, en base a su mejor servicio, con el suministro directo de la prestación farmacéutica a los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha.

Como resulta de la “normativa de organización interna sobre atención farmacoterapéutica a personas atendidas en los centros socio sanitarios de la provincia de Toledo” del Colegio de Farmacéuticos de Toledo (f. 9 DI), cada centro socio sanitario se adscribe al núcleo de población en el que esté ubicado, y el servicio se prestará por la o las farmacias establecidas en ese núcleo de población que voluntariamente decidan participar en el turno. El efecto sobre la competencia de esta normativa es nítido: (1) el mercado se segmenta territorialmente en “micromercados” delimitados en función del núcleo de población donde esté ubicado el centro socio sanitario; (2) las farmacias quedan excluidas de la posibilidad de suministrar la prestación farmacéutica pública a los centros socio sanitarios que no estén ubicados en la población en la que radiquen, y (3) las farmacias (si son varias) ubicadas en el centro de población al que se adscribe el centro socio sanitario quedan impedidas de competir entre ellas al serles impuesto por el Colegio un reparto temporal de la prestación farmacéutica pública.

En cuanto a la obligación impuesta por el punto 5 del acuerdo, a las oficinas de farmacia que participen en el sistema de turnos rotatorios, de bonificar al SESCAM con una cantidad equivalente al 6% del PVP, de la facturación de medicamentos procedentes de los centros socio sanitarios objeto del acuerdo, el Consejo disiente de la valoración jurídica realizada por la DI, en el sentido de que estaría afectando la competencia entre farmacias (f. 579 DI). En ausencia del acuerdo de establecimiento del turno rotatorio entre las farmacias de la zona del centro socio sanitario, no sería descartable que el SESCAM pudiese obtener de determinadas oficinas de farmacia descuentos todavía mayores como efecto de la competencia entre las farmacias por el suministro de la prestación farmacéutica a los centros socio sanitarios. En esta hipótesis, un acuerdo fijando el descuento que “deben” ofrecer las farmacias podría considerarse una conducta restrictiva, pero este no es el supuesto de hecho del expediente. Dado un acuerdo de establecimiento de turnos entre farmacias, la fijación de un descuento igual para todas ellas, no resulta discriminatorio y, por ello, no se puede entender que distorsione la competencia en precio en el suministro de la prestación farmacéutica a centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha. En consecuencia, al no concurrir en esta conducta el requisito del efecto restrictivo a la competencia, huelga examinar si se cumplen las demás condiciones de aplicación de la prohibición del art. 1 LDC y, en particular, si tiene suficiente amparo legal conforme al art. 2.1 de la misma Ley.

Quinto.- El SESCAM y el Consejo de Colegios de Farmacéuticos han alegado que la conducta restrictiva imputada estaría, en todo caso, amparada por la exención legal del art. 2.1 LDC, conforme a la cual “Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos,



decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley.”

En concreto y de forma resumida las partes imputadas han alegado que la normativa sectorial atribuye al SESCAM (y al resto de los Servicios de Salud) la capacidad de regular por la vía de la concertación las condiciones para la ejecución de la prestación farmacéutica por las oficinas de farmacia y que, por ello, de considerarse que el SESCAM ha actuado como operador económico y que el acuerdo controvertido restringe la competencia, sería de aplicación la exención legal del art. 2.1 LDC. Una interpretación que a criterio de los imputados ya habría sido confirmada por diversos órganos jurisdiccionales, y por el propio TDC, en particular, en su Resolución de 18 de junio de 2001.

Por el contrario, la DI viene a considerar que la conducta imputada no goza de amparo legal. En concreto, valora que los arts. 54 y 55 de la Ley 8/2000 de ordenación sanitaria de Castilla-La Mancha establecen unos mecanismos de colaboración que “no se refieren a las oficinas de farmacia sino a centros sanitarios (hospitales y clínicas privadas) por lo que la actuación del SESCAM podría no estar contemplada por las finalidades previstas en la citada Ley. Que el reparto de mercado que conlleva el acuerdo denunciado no cumple exactamente con la finalidad de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que dedica su capítulo IV al uso racional de medicamentos en las oficinas de farmacia, en ningún momento hace referencia a irregularidades en la dispensación de medicamentos, y sí se refiere a una dispensación informada al paciente para que se cumplan las pautas establecidas por el médico y a su obligación de dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los particulares como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentarias establecidas. Por tanto, no estaría entre los objetivos de esa Ley poner término, mediante un acuerdo con la representación corporativa de las farmacias, a los intereses comerciales que llevan a los centros a pedir bonificaciones a las farmacias en función del volumen de facturación, y a evitar que determinadas oficinas de farmacia se conviertan en suministradores de centros socio sanitarios que no se encuentran en su localidad.

El Consejo considera que el acuerdo entre el SESCAM y el Consejo de Colegios de Farmacéuticos, por el que los Colegios de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha vienen obligados a organizar colegiadamente el suministro directo a centros socio sanitarios de medicamentos y otros productos cubiertos por la prestación farmacéutica pública, produce un reparto del mercado que no resulta exento de la prohibición del art. 1.1 LDC en virtud del art. 2.1 LDC. Esta disposición legal tiene el carácter de una norma limitativa del derecho o libertad de competir, y de la competencia como institución nuclear del sistema de economía de mercado constitucionalizado, y como tal debe ser objeto de una interpretación restrictiva, de tal forma que solo se pueden considerar exentas las conductas anticompetitivas expresamente queridas o previstas por el legislador, pues sólo a él le corresponde establecer los supuestos en que la



satisfacción de un determinado interés público exige derogar o restringir el principio de libre competencia.

Así lo ha afirmando el TDC, entre otras, en la Resolución de 4/03/1999 (Expte. r 335/98): *“En primer lugar, resulta necesario recordar que el precepto incluido en el artículo 2.1 LDC contiene una excepción a la aplicación de la prohibición de ententes colusorias incluida en el artículo 1 de la misma Ley. En segundo lugar, se puede indicar que no solamente se trata de una excepción sino que se trata de una excepción que resulta indeseable para el legislador. Ello resulta del hecho cierto que supone el reconocimiento de que una norma tenga que recordar que algunos de sus preceptos no se aplican porque existe otra norma que así lo establece, de lo cual se traduce que el principio de una competencia libre que no quede afectada por acuerdos entre operadores económicos no rige porque existe una norma anticompetitiva que los órganos encargados de la defensa de la Competencia deben respetar. No es preciso insistir en este argumento porque de su propia formulación se deduce que, cuando se legisla pro-competencia, resulta poco grato recordar la existencia de normas anticompetitivas. Por ello, la propia norma limita el amparo legal a aquellos supuestos en los que la excepción a la aplicación resulte de la voluntad explícita del legislador, aun cuando haya sido concretada en un reglamento de desarrollo de una Ley, no de cualquier reglamento. Pero no sólo ello, el carácter indeseable de esa excepción se traduce en el artículo 2.2 de la misma Ley cuando establece que el Tribunal de Defensa de la Competencia, si se encuentra con la imposibilidad de prohibir una conducta colusoria porque la permite una Ley, puede dirigirse al Gobierno para que promueva su modificación.”*

“De todo cuanto anteriormente ha quedado expuesto se deduce que la interpretación de los supuestos de amparo legal ha de ser estricta, e incluso restrictiva, pues solamente han de considerarse incluidos en la figura aquellas conductas que respondan a una voluntad explícita del legislador.”

Partiendo de esta lectura necesariamente restrictiva del ámbito de aplicación del art. 2.1 LDC, de la legislación sanitaria relevante para la resolución de este expediente resulta:

- Las farmacias tienen la consideración de establecimientos sanitarios privados de interés público:
 - Art. 84.6 Ley 29/2006, de garantías y uso racional del medicamento
 - Art. 103.2 Ley 14/1986, General de Sanidad, a efectos del Título IV de la Ley, que regula las “actividades sanitarias privadas”
- Las farmacias son establecimientos sanitarios privados de interés público sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas
 - Art. 103.3 de la Ley 14/1986, General de Sanidad.



- Art. 1 de la Ley 16/1997, reguladora de los servicios de las oficinas de farmacia
- Las administraciones públicas sanitarias podrán realizar conciertos con “entidades sanitarias para la prestación de servicios”:
 - Art. 90.1 Ley 14/1986 General de Sanidad: “Las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer **conciertos** para la prestación de **servicios sanitarios** con medios ajenos a ellas”
- En orden a conseguir un **uso racional del medicamento**, la mentada Ley 29/2006, en el Capítulo IV, titulado “Del uso racional de medicamentos en las oficinas de farmacia”, incluye el **art. 84**, titulado “Oficinas de farmacia”, que dispone:
 - 1. En las oficinas de farmacia, los farmacéuticos, como responsables de la dispensación de medicamentos a los ciudadanos, velarán por el cumplimiento de las pautas establecidas por el médico responsable del paciente en la prescripción, y cooperarán con él en el seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de atención farmacéutica, contribuyendo a asegurar su eficacia y seguridad. Asimismo participarán en la realización del conjunto de actividades destinadas a la utilización racional de los medicamentos, en particular a través de la dispensación informada al paciente.
 - 2. Las Administraciones sanitarias realizarán la **ordenación** de las oficinas de farmacia, debiendo tener en cuenta los siguientes criterios:
 - a) **Planificación general** de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica.
(...)
 - 3. Las oficinas de farmacia vienen **obligadas a dispensar** los medicamentos que se les demanden tanto por los **particulares** como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentarias establecidas.
(...)
- Dentro del Título VII. De la financiación pública de los medicamentos y productos sanitarios, el **Artículo 96** Ley 29/2006 relativo a la “Colaboración entre oficinas de farmacia y el SNS” dispone:
 - 1. Las oficinas de farmacia, como establecimientos sanitarios que son, colaborarán a los fines de esta Ley para garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención primaria a la salud.
 - 2. Con independencia de las obligaciones establecidas en esta Ley y las que se determinen en la normativa de desarrollo, las oficinas de farmacia podrán ser objeto de **concertación** en el Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el sistema general de contratación administrativa y conforme a los criterios generales a que se refiere el artículo 88.2 de esta Ley.



- Este **art. 88.2** dispone: “2. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud podrá acordar las condiciones generales de planificación, coordinación, contratación, adquisición y suministro de medicamentos y productos sanitarios de las estructuras y servicios de titularidad pública integrados en el Sistema Nacional de Salud.

Dentro de este mismo objetivo del uso racional del medicamento, el **art. 33.2 de la ley 16/2003**, de cohesión y calidad del SNS, bajo el rótulo de “**colaboración de las oficinas de farmacia** dispone:

“1. Las oficinas de farmacia **colaborarán** con el Sistema Nacional de Salud en el desempeño de la prestación farmacéutica a fin de garantizar el uso racional del medicamento (...).

2. En el marco de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (derogada), el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, establecerá los criterios generales y comunes para el desarrollo de la **colaboración** de las oficinas de farmacia, por medio de conciertos que garanticen a los ciudadanos la dispensación en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional, independientemente de su Comunidad Autónoma de residencia.”

Se tenderá a la dispensación individualizada de medicamentos y a la implantación de la receta electrónica, en cuyo desarrollo participarán las organizaciones colegiales médica y farmacéutica.

- La Ley 16/1997, de 25 de abril, reguladora de los servicios de farmacia, en su artículo 2 dispone:

“1. En desarrollo de lo que establece el artículo 103.3 de la vigente Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, y el artículo 88 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, y al objeto de ordenar la asistencia farmacéutica a la población, las Comunidades Autónomas, a las que corresponde garantizar dicha asistencia, establecerán criterios específicos de planificación para la autorización de oficinas de farmacia.

La planificación farmacéutica se realizará de acuerdo con la planificación sanitaria. Las demarcaciones de referencia para la planificación farmacéutica serán las unidades básicas de atención primaria fijadas por las Comunidades Autónomas.

2. La planificación de oficinas de farmacia se establecerá teniendo en cuenta la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población, con vistas a garantizar la accesibilidad y calidad en el servicio, y la suficiencia en el suministro de medicamentos, según las necesidades sanitarias en cada territorio.(...)

3. El módulo de población mínimo para la apertura de oficinas de farmacia será, con carácter general, (...)

4. La distancia mínima entre oficinas de farmacia (...).”



- El SESCAM es el responsable de la prestación farmacéutica pública a los pacientes que residen en centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha, y esta prestación puede realizarse a través de suministro directo desde Servicios de Farmacia de Castilla-La Mancha o con medios ajenos a través de la concertación con las oficinas de farmacia:
 - El Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha podrá establecer conciertos o convenios singulares de vinculación para la prestación de **servicios sanitarios** a través de medios ajenos al mismo, teniendo siempre en cuenta el principio de complementariedad. (art. 54 de ley 8/2000, de ordenación sanitaria de Castilla-La Mancha).
 - El Servicio de Salud de Castilla-La Mancha tiene las siguientes funciones....La gestión de las prestaciones farmacéuticas y complementarias que le correspondan en el ámbito de sus competencias. (art. 69.10 Ley 8/2000).
 - El art. 62 de la Ley 5/2005, de 27 de junio, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha, dispone que “Reglamentariamente se determinarán los centros socio sanitarios en los que la asistencia farmacéutica se deba llevar a cabo mediante servicio de farmacia o depósito de medicamentos, así como la forma en que deba realizarse la asistencia.”
- La competencia para establecer el precio industrial del medicamento corresponde al Consejo de Ministros y el PVP lo fija el Ministerio de Sanidad y Consumo:
 - Art. 90.1 Ley 29/2006: Corresponde al Consejo de Ministros... establecer el régimen general de fijación de los precios industriales de los medicamentos, así como de aquellos productos sanitarios que vayan a ser incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud y que se dispensen, a través de receta oficial, en territorio nacional...
 - Art. 90.4 Ley 29/2006: “El Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá el precio de venta al público de los medicamentos y productos sanitarios...”
 - El art. 107.4 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 dispone que “La Seguridad Social **concertará** con laboratorios y farmacias, a través de sus representaciones legales sindicales y corporativas, los precios y demás condiciones económicas que deberán regir en la adquisición y dispensación de productos y especialidades farmacéuticas (...)”

El Consejo aprecia que ninguno de estos preceptos legales ampara expresamente la actuación que la DI imputa al SESCAM y al Consejo de Colegios de Farmacéuticos. Este último cita en sus alegaciones la Resolución del TDC de 18 de junio de 2001, en la que el TDC afirma que el art. 88.1 de la Ley 25/1990, del Medicamento (LDM) “constituye una clara cobertura legal, específica para las farmacias, de la regulación establecida por el SRBS [Servicio Regional de Bienestar Social de la Comunidad de Madrid] y que



plasma, después, en el acuerdo entre el SRBS y el COFM. El SRBS se ha limitado a concretar las pautas generales que le impone la LDM y, en este sentido, ha actuado como regulador, y no como operador económico.”.

La Ley 25/1990 fue derogada por la Ley 29/2006, pero es cierto que su art. 84 recoge el contenido del art. 88 de aquella, y que el TDC concluyó en base a él que existía cobertura legal en el sentido del art. 2.1 LDC para un acuerdo de establecimiento de turnos entre las farmacias para atender el suministro de la prestación farmacéutica a las residencias socio sanitarias públicas de la Comunidad de Madrid. Previamente, en el fundamento de derecho 4, el TDC había afirmado que la Ley 14/1986 General de Sanidad no contiene estipulación alguna que permita justificar con carácter general y en virtud del art. 2 LDC tal reparto de mercado, que por ello constituiría una práctica claramente contraria al art. 1 LDC.

El Consejo de la CNC comparte esta última valoración, y considera errónea la interpretación que se hizo en esa Resolución del TDC del alcance normativo del art. 88.1 de la Ley 25/1990, actualmente art. 84 de la Ley 29/2006, y basa su afirmación en lo dispuesto por la Ley 16/1997, de 25 de abril, reguladora de los servicios de farmacia, antes citada. Esta última disposición legal, en su artículo 2, desarrolla la facultad de la Administración de planificación farmacéutica a la que hacen referencia tanto el artículo 103.3 de la citada Ley 14/1986, General de Sanidad, como también el mencionado art. 88 de la derogada LDM (hoy art. 84 de la Ley 29/2006), circunscribiendo esa facultad del regulador de planificación de las oficinas de farmacia al establecimiento de criterios de población y distancia necesarios para la apertura de farmacias. En efecto, el número 1 del art. 2 de esta Ley 16/1997 dice que “En desarrollo de lo que establece el artículo 103.3 de la vigente Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, y el artículo 88 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, y al objeto de ordenar la asistencia farmacéutica a la población, las Comunidades Autónomas, a las que corresponde garantizar dicha asistencia, establecerán criterios específicos de planificación para la autorización de oficinas de farmacia. Es decir, a juicio de este Consejo, la facultad de realizar la “ordenación” de las farmacias teniendo en cuenta el criterio de “planificación general” de las oficinas de farmacia que concede el actual art. 84 de la Ley 29/2006 (anteriormente art. 88 de la Ley 25/1990) ampara el establecimiento de barreras de entrada al mercado de suministro de medicamentos a la población en general a través de oficinas de farmacia, pero en modo alguno permite a la autoridad sanitaria responsable de la prestación pública farmacéutica a residentes en centros socio sanitarios, alcanzar acuerdos con la representación corporativa de las farmacias ya instaladas en el mercado, que tengan por objeto (o efecto) el reparto de este concreto mercado de suministro directo de la prestación farmacéutica a centros socio sanitarios entre las farmacias que, pudiendo conforme a las normas del turno, quieran entrar a formar parte del mismo.

El art. 2.1 LDC expresamente condiciona la no aplicación de la prohibición de acuerdos colusorios del art. 1.1 de la misma Ley al requisito de que el acuerdo



restrictivo en cuestión se derive de una ley, pues conforme al art. 53 de la Constitución sólo por ley se pueden regular los derechos y libertades fundamentales (mandato que vincula a todos los poderes públicos), y entre ellos se encuentra en el art. 38 la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Por tanto, sólo al legislador corresponde ponderar en qué medida es necesario sacrificar el principio estructural y horizontal de la libre competencia para la adecuada tutela de un interés general, en este caso, el uso racional del medicamento en la prestación farmacéutica directa a centros socio sanitarios. No pueden, pues, los operadores económicos ni los organismos públicos sustituir o suplantar al legislador mediante interpretaciones extensivas de normas que amparan restricciones a la libre competencia aprobadas en defensa de un interés general distinto. Cuando el legislador considera necesario limitar la libertad de actuación de las farmacias ya establecidas en orden a garantizar la adecuada prestación de un servicio público, así lo dispone expresamente. Baste como ejemplo el art. 6.1 de la propia Ley 16/1997, el cual dispone que: “Las oficinas de farmacia prestarán sus servicios en régimen de libertad y flexibilidad, sin perjuicio del cumplimiento de los horarios oficiales y normas sobre guardias, vacaciones, urgencias y demás circunstancias derivadas de la naturaleza de su servicio, fijadas por las Comunidades Autónomas, al objeto de garantizar la continuidad de la asistencia.”. Por ello, y en relación con el derecho o libertad de elección de farmacia por los “particulares” (art. 84.3 Ley 29/2006), en ausencia de norma legal que la recorte imponiendo la personación del paciente en la oficina de farmacia, no es conforme a Derecho utilizar la referencia a las competencia de concertación o de planificación de las farmacias para ofrecer cobertura legal a un sistema de turnos que la cercena en relación con una determinada parte de la prestación farmacéutica cubierta por el SNS. Del mismo modo, es cierto que el art. 54 de la Ley 8/2000 de Castilla-La Mancha habilita al SESCAM para establecer conciertos o convenios singulares de vinculación para la “prestación de servicios sanitarios a través de medios ajenos al mismo”, siendo los servicios socio sanitarios una de las “estructuras operativas” a través de las que se organiza su contenido funcional (art. 47). No obstante, el propio SESCAM ha manifestado que “los centros socio-sanitarios no son centros sanitarios” y a juicio del Consejo ni el art. 54 citado ni el art. 96.2 de la Ley 29/2006 amparan expresamente la firma de convenios o conciertos con la representación corporativa de las farmacias que cercenen la escasa competencia entre las farmacias permitida por la propia legislación sanitaria en relación con el suministro de la prestación farmacéutica pública directamente a los centros socio sanitarios.

Sexto.- El SESCAM y el Consejo de Colegios de Farmacéuticos han alegado que el acuerdo para la implementación por los Colegios de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha de turnos rotatorios entre las farmacias para el suministro directo de la prestación farmacéutica a los centros socio sanitarios de su demarcación territorial genera una serie de eficiencias que compensan su efecto de cierre de mercado. En particular, el SESCAM afirma que el beneficio que obtiene con el acuerdo repercute directamente en el ciudadano y supone



un relevante aporte económico para el sistema de salud, así como beneficios para las farmacias que se adhieran al acuerdo. Además el acuerdo contempla otros instrumentos fundamentales en la gestión eficiente de la prestación farmacéutica a los ingresados en los centros socio sanitarios, como la factura diferenciada y la implantación de una guía farmacoterapéutica, la implantación de programas de formación y de atención farmacéutica o de seguimiento individualizado a los residentes. Por el contrario considera que la situación actual del suministro de medicamentos a los centros socio sanitarios no es eficiente ni para el SESCAM ni para los ciudadanos, aunque lo sea para los gestores de las residencias. La normativa prohíbe expresamente bonificaciones y descuentos en la promoción de la venta o en la intermediación en la dispensación, y el acuerdo tiene por objeto poner fin a estas irregularidades.

El Consejo de Colegios de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha respalda la existencia de estas eficiencias alegadas por el SESCAM, en tanto que señala la protección de la salud pública como el interés general y de rango superior, así como la calidad de la prestación farmacéutica como razones principales del turno rotatorio entre las farmacias, sin dejar de reconocer que también tiene por objeto poner fin a determinadas prácticas realizadas por titulares de oficinas de farmacia prohibidas por la Ley 29/2006 de garantía y uso racional del medicamento, como la realización de determinados descuentos, ventas masivas, y ventas a domicilio de medicamentos. Estas prácticas irregulares conducirían a que el farmacéutico desatienda sus obligaciones asistenciales, a las que el acuerdo de turno rotatorio pondría fin, pues al dejar de tener los centros socio sanitarios interés económico en mediar en la prestación, las personas ingresadas tendrían un mayor contacto con el farmacéutico que, al no estar vinculado con el centro mediante prácticas ilegales, estará en mejor situación para cumplir sus obligaciones realizando una dispensación informada y colaborando con la Administración en el uso racional del medicamento.

La DI, por el contrario, considera que antes del acuerdo, la calidad en el servicio (en términos de atención de las urgencias, suministro de medicamentos en horas nocturnas o días festivos), la calidad, amplitud de surtido y precios de artículos de ortopedia y parafarmacia (tales como tensiómetros, sillas de ruedas, andadores, cremas corporales, etc), hacen que las residencias, o los propios residentes a nivel individual, opten por una oficina de farmacia o por otra. Y es este grado de fidelización el que condiciona una competencia en precios y servicios por parte de todas las oficinas de farmacia de una determinada zona y, en particular, de una determinada localidad como es el caso de Noblejas. Tras el convenio, ninguno de estos factores se tendrá en cuenta ya que ni las oficinas de farmacia ni las residencias ni los residentes podrán seguir relacionándose en el régimen de libertad en el que ahora actúan y se verán sometidos a las condiciones del acuerdo. Las farmacias ya no van a competir para convertir a la residencia de ancianos de la población en su cliente puesto que dicho convenio le garantiza una situación monopolística durante un período de tiempo concreto. Estos turnos tienen, pues, los efectos perniciosos de originar mercados cautivos, con los inconvenientes propios de



los monopolios, en los que las empresas operan al margen de su estructura de costes, al tener asegurado el negocio, sin tener que depender de la eficiencia empresarial que únicamente impone la libre y leal competencia, a la vez que impiden a los usuarios la posibilidad de comparación entre diferentes ofertas. Se podría estar protegiendo así a las oficinas de farmacia mal gestionadas con el resultado de producir un servicio insatisfactorio para el consumidor final.

La evaluación de las eficiencias generadas por un acuerdo restrictivo bajo la vigencia de la Ley 16/1989 correspondía al TDC previa notificación del acuerdo, siendo este nulo de pleno derecho en tanto aquél no resolviese su autorización (art. 4.2 Ley 16/1989). Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2007, las partes del acuerdo son quienes tienen que evaluar el cumplimiento por el acuerdo de los requisitos de exención que menciona el art. 1.3 de la Ley 15/2007, que son los mismos que como requisitos de autorización exigía el art. 3.1 de la Ley 16/1989.

El Consejo considera que la conducta imputada como infracción del art. 1.1 LDC no cumple, al menos, dos de los requisitos de exención que demanda el vigente art. 1.3 de la Ley 15/2007. En particular, el Consejo no observa cómo el acuerdo por el que los Colegios de farmacéuticos establecen turnos rotatorios contribuye a “mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico y económico”. Coincide el Consejo con la DI en que tras este acuerdo las farmacias ya no van a poder competir (en base a la calidad en el servicio y en calidad, amplitud de surtido y precios de artículos de ortopedia y parafarmacia) para convertir al centro socio sanitario de la zona en su cliente, puesto que el turno le garantiza una situación monopolística durante un período de tiempo concreto. Por ello, lejos de promover una mejora en la calidad del servicio prestado por las oficinas de farmacia, el establecimiento de turnos rotatorios desincentiva que el farmacéutico se esfuerce e invierta recursos en mejorar la prestación farmacéutica dispensada directamente a estos centros, pues sea cual sea la calidad de su servicio el destinatario es cliente cautivo de la farmacia, convertida en monopolista por virtud del turno territorial creado por el Colegio, con sus efectos perniciosos también sobre el bienestar del residente y destinatario de la prestación farmacéutica. En definitiva, el acuerdo denunciado lejos de mejorar la prestación farmacéutica directa a los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha la empeora, en la medida en que limita la libertad de elección de los centros y la libertad de empresa de las farmacias que, por ello, no tendrán incentivos en mejorar la calidad del servicio que prestan a los centros socio sanitarios –dentro del cual hay que incluir el cumplimiento de sus obligaciones asistenciales–, en perjuicio directo de la atención farmacoterapéutica que deben recibir los pacientes ingresados en los centros socio sanitarios.

El Consejo igualmente valora que tampoco se cumple el requisito negativo de que el acuerdo de 29 de junio de 2006 no imponga a las partes restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos o eficiencias que genere el acuerdo.



Resulta difícil aceptar la necesidad y proporcionalidad de un acuerdo de segmentación y reparto del mercado como el turno rotatorio acordado que, con el objeto de poner fin a ciertas irregularidades cometidas por «algunos» farmacéuticos en el suministro de la prestación farmacéutica pública a pacientes de los centros socio sanitarios, afecta a «todos» los farmacéuticos de Castilla-La Mancha. Si existen tales irregularidades, el SESCAM y los Colegios de Farmacéuticos probablemente disponen de potestades sancionadoras y disciplinarias de carácter individual y singularizado que afecten exclusivamente al farmacéutico infractor y, por ello, sin restringir gravemente el poco espacio que la normativa sectorial deja a la lucha competitiva entre farmacias. En este sentido, la DI señala que la prescripción de los facultativos del SESCAM se realiza a través de un procedimiento informático que automáticamente extrae el medicamento más barato. Un programa informático que permite al SESCAM detectar exactamente los pacientes de la residencia, el médico que ha prescrito el medicamento, la farmacia que lo dispensa y el laboratorio que lo fabrica. Por lo tanto, si el SESCAM detecta prácticas irregulares por la prescripción de medicamentos excesivamente caros, podrá actuar al nivel de prescripción que es dónde se produciría, en su caso, el problema. Si ello es así, las eficiencias relacionadas con un uso más racional de los medicamentos que se podrían derivar de la implantación de una receta diferenciada para la prestación farmacéutica dispensada directamente al centro socio sanitario no parecen tampoco evidentes. Y, en cualquier caso, este Consejo considera que la implantación de tal tipo de receta diferencia y la existencia de irregularidades en la prescripción y dispensación de recetas no exige el reparto del mercado concernido entre las oficinas de farmacia de la zona a la que se adscribe el centro socio sanitario, además de que, a juicio de la DI, limitar la validez territorial de la receta médica vulneraría la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso racional de los Medicamentos así como de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Se ha argumentado también que el acuerdo de 29 de junio de 2006 contempla otros instrumentos fundamentales en la gestión eficiente de la prestación farmacéutica a los ingresados en los centros socio sanitarios, la implantación de una guía farmacoterapéutica, la implantación de programas de formación y de atención farmacéutica o de seguimiento individualizado a los residentes, así como la constitución de una comisión regional de seguimiento y evaluación de las actividades objeto del acuerdo. La DI ni este Consejo cuestionan en absoluto el amparo normativo y los positivos efectos sobre la salud pública, el uso más racional de los medicamentos y el gasto farmacéutico de estos compromisos o programas, sino la legalidad ex art. 1.1 LDC así como la necesidad ex art. 1.3 LDC del pacto, contenido en ese acuerdo del SESCAM y del Consejo de Colegios de Farmacéuticos, por el que los Colegios de farmacéuticos se obligan a crear turnos rotatorios entre las farmacias para el suministro de la prestación farmacéutica pública a centros socios sanitarios de su zona.



Séptimo.- El artículo 10 LDC faculta al Consejo de la CNC para imponer multas pecuniarias a los agentes económicos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en el art. 1 de la Ley.

El Consejo considera que no procede imponer sanción económica alguna en este expediente, por varias razones. En primer lugar, porque de conformidad con lo acordado por el SESCAM y el Consejo de Colegios de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha, son los Colegios Oficiales de Farmacéuticos que se adhieran al acuerdo quienes establecerán los turnos de atención farmacoterapéutica por las oficinas de farmacia. Por tanto, los Colegios de Farmacéuticos que, efectivamente, hubiesen implantado estos turnos deberían figurar también como autores de la práctica imputada. Pero, además y sobre todo, el Consejo entiende que no procede la imposición de sanciones en este caso porque la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de junio de 2001 en el Expte. R 434/00 Farmacias Madrid (de la que se aparta esta Resolución del Consejo) pudo haber generado, legítimamente, la idea de que una práctica restrictiva como la imputada en este expediente contaba con suficiente amparo legal ex art. 2.1 LDC. Siendo ello así, no cabe apreciar la concurrencia del necesario elemento de culpa que permita establecer la responsabilidad de las partes del acuerdo en la comisión del ilícito administrativo prohibido por el art. 1.1 LDC.

Ello no obstante, dada la gravedad de la infracción cometida, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 46.2 LDC, el Consejo considera necesario imponer a las partes la carga de realizar una amplia difusión de esta Resolución, de forma particular entre las oficinas de farmacia.

Por todo lo anterior, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, por mayoría,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC), de la que serían autores el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) y el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha, consistente en acordar que los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha establecerán, entre las oficinas de farmacia que lo deseen, turnos rotatorios para el suministro directo a los centro socio sanitarios públicos y privados de la prestación farmacéutica incluida en el Sistema Nacional de Salud.

SEGUNDO.- Intimar al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) y al Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha para que en el futuro se abstengan de realizar dicha conducta prohibida.



TERCERO.- Ordenar al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) y al Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en las páginas de información económica de dos diarios de información general de mayor circulación, uno de ámbito nacional y otro en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. En caso de incumplimiento se impondrá a cada uno de ellos una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Asimismo, ordenar al Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha la comunicación de esta Resolución a todos los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha, con el objeto de que sea objeto de difusión cierta entre todas las oficinas de farmacia.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.



QUE FORMULA LA CONSEJERA MARÍA JESÚS GONZÁLEZ LÓPEZ A LA RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE 639/08, COLEGIOS FARMACEÚTICOS CASTILLA LA MANCHA.

Esta Consejera discrepa del parecer mayoritario del Consejo reflejado en la Resolución más arriba citada en un aspecto sustancial del mismo, como es la consideración en el caso concreto de este expediente, del Servicio de Salud de Castilla La Mancha (en adelante SESCAM) como operador económico y por tanto sometido a las normas de competencia.

A juicio de esta Consejera en el caso que nos ocupa, al firmar el 29 de junio de 2006 el *“Acuerdo entre el Consejo de Colegios profesionales de farmacéuticos de Castilla La Mancha y el SESCAM, por el que se regula la atención farmacoterapéutica de personas atendidas en los centro socio sanitarios de Castilla la Mancha”* (en adelante el Acuerdo), el SESCAM estaba actuando como regulador, amparado por la normativa vigente como veremos a continuación, y no como operador económico. Y esa condición de regulador que la resolución mayoritaria no le niega, no puede excepcionarse para un punto concreto, como hace la resolución para el punto 2 del acuerdo en el Fundamento de Derecho Tercero.

1 La Ley encarga a los gestores del Sistema Nacional de Salud, y por tanto al SESCAM como órgano de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social en Castilla la Mancha, la consecución de una serie de objetivos y le indica los medios para alcanzarlos. Entre los medios para conseguir dichos fines la Ley prevé y establece la colaboración de las oficinas de farmacia con el Sistema Nacional de la Salud, puesto que de acuerdo con el Artículo 1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, *“las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas”*. Sin esa sujeción y condicionamientos no podría explicarse las especiales y favorables condiciones de que gozan las farmacias, en particular en lo que se refiere a la competencia.

Los objetivos sanitarios del Sistema Público en el ámbito de los productos farmacéuticos financiados por la Seguridad Social y los medios para conseguir dichos objetivos vienen recogidos en la Ley 29/2006, de 26 de julio, del Medicamento (*“Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios”*), BOE núm. 178. A lo largo de su Exposición de motivos, como vemos en los párrafos extractados a continuación, encontramos el uso racional de los medicamentos y el control del gasto en farmacia como ejes básicos para



asegurar la sostenibilidad del sistema y para poder seguir mantenido el nivel de las prestaciones.

“El desafío actual es asegurar la calidad de la prestación en todo el Sistema Nacional de Salud en un marco descentralizado capaz de impulsar el uso racional de los medicamentos y en el que el objetivo central sea que todos los ciudadanos sigan teniendo acceso al medicamento que necesiten, cuando y donde lo necesiten, en condiciones de efectividad y seguridad.

...el Plan Estratégico de Política Farmacéutica para el Sistema Nacional de Salud establece diversas estrategias que se incorporan en esta Ley para intensificar el uso racional de los medicamentos, entre las que se pueden señalar las orientadas a ofrecer una información de calidad, periódica e independiente a los profesionales, a garantizar una formación sobre uso racional de los medicamentos a los profesionales sanitarios, al refuerzo de la exigencia de la receta médica como documento imprescindible para la seguridad del paciente o las referidas a la modificación de los prospectos de los medicamentos para hacerlos inteligibles a los ciudadanos, ayudando a la consecución de la necesaria adherencia al tratamiento para que pueda alcanzarse el éxito terapéutico previsto por el médico con la imprescindible cooperación del farmacéutico.

Los próximos años dibujan un panorama con un sensible aumento de la población, un marcado envejecimiento de la misma y, por tanto, unas mayores necesidades sanitarias derivadas de este fenómeno así como de la cronificación de numerosas patologías. Estas necesidades tienen que garantizarse en un marco riguroso en cuanto a las exigencias de seguridad y eficacia de los medicamentos en beneficio de la calidad asistencial para los ciudadanos.

El crecimiento sostenido de las necesidades en materia de prestación farmacéutica tendrá, por tanto, que enmarcarse necesariamente en estrategias de uso racional de los medicamentos y de control del gasto farmacéutico, que permitan seguir asegurando una prestación universal de calidad contribuyendo a la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.”

Por tanto la Ley impone a las autoridades públicas encargadas de la gestión del Sistema Público de Salud unos objetivos de uso racional de los medicamentos y control del gasto y entre los medios que le habilita para hacerlo efectivo está el uso de la red de farmacias.

Así la propia Ley 29/2006 del Medicamento, en el Título VII, DE LA FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LOS MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS, en su Artículo 96.1 establece la obligación de las farmacias de colaborar con el sector público sanitario.



Art. 96: Colaboración entre oficinas de farmacia y el Sistema Nacional de Salud.

1. Las oficinas de farmacia, como establecimientos sanitarios que son, colaborarán a los fines de esta Ley para garantizar el uso racional de los medicamentos en la atención primaria a la salud.

Y en el Título VI DEL USO RACIONAL DE MEDICAMENTOS DE USO HUMANO, y dentro del capítulo IV relativo a las OFICINAS DE FARMACIA, establece lo siguiente (subrayado propio):

Art. 84: Oficinas de farmacia

1. En las oficinas de farmacia, los farmacéuticos, como responsables de la dispensación de medicamentos a los ciudadanos, velarán por el cumplimiento de las pautas establecidas por el médico responsable del paciente en la prescripción, y cooperarán con él en el seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de atención farmacéutica, contribuyendo a asegurar su eficacia y seguridad. Asimismo participarán en la realización del conjunto de actividades destinadas a la utilización racional de los medicamentos, en particular a través de la dispensación informada al paciente.

2. Las Administraciones sanitarias realizarán la ordenación de las oficinas de farmacia, debiendo tener en cuenta los siguientes criterios:

a) Planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica.

b) La presencia y actuación profesional del farmacéutico como condición y requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos, teniendo en cuenta el número de farmacéuticos necesarios en función de la actividad de la oficina.

c) Las exigencias mínimas materiales, técnicas y de medios, incluida la accesibilidad para personas con discapacidad, que establezca el Gobierno con carácter básico para asegurar la prestación de una correcta asistencia sanitaria, sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas en esta materia.

3. Las oficinas de farmacia vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los particulares como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentarias establecidas.

4. Por razones de emergencia y lejanía de la oficina de farmacia u otras circunstancias especiales que concurran, en ciertos establecimientos podrá autorizarse, excepcionalmente, la creación de botiquines en las condiciones que reglamentariamente se determinen con carácter básico,



sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas en esta materia.

5. Las Administraciones Públicas velarán por la formación continuada de los farmacéuticos y la adecuada titulación y formación de los auxiliares y ayudantes técnicos de farmacia.

6. Las oficinas de farmacia tienen la consideración de establecimientos sanitarios privados de interés público.

La actuación del SESCAM como administración pública sanitaria en el ejercicio de sus funciones, más aún en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la Ley y no como operador económico es evidente en el contenido del Acuerdo que, desarrollando una de las cláusulas del Concierto en vigor, busca la implementación y desarrollo de planes integrales de asistencia farmacéutica en los centros socio sanitarios de Castilla la Mancha *para un uso racional del medicamento y un control en la prescripción y dispensación de los medicamentos*. Y a esos efectos el acuerdo prevé la implantación de “Programas de atención farmacéutica en los centros socio sanitarios” con la creación de guías farmacoterapéuticas para el uso racional del medicamento, programas de formación del personal de los centros sobre nutrición, uso del medicamento, etc. Todo ello se entiende con el objetivo de que las prestaciones públicas del sistema de salud sean más eficientes y económicas, sin reducir o incluso mejorando a través de una mejor formación, las prestaciones a los interesados, es decir, los mayores residentes en los centros socio sanitarios. Y además prevé que en determinadas condiciones, el SESCAM reciba un 6% del PVP de la facturación de los centros socio sanitarios, aspecto éste que la resolución mayoritaria no considera restrictivo.

La finalidad del Acuerdo por tanto, no es otra que ejecutar el mandato legal de propiciar el uso racional de los medicamentos y el control del gasto farmacéutico para asegurar una prestación universal de calidad y contribuir a la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud con los medios que la propia Ley pone a su disposición. Y esa ejecución no puede diseccionarse considerando que el SESCAM en unos casos actúa como regulador y en otros supuestos como operador económico.

2 La Resolución mayoritaria considera que no hay en la normativa amparo legal para que el SESCAM imponga turnos a las farmacias (Fundamento de Derecho Quinto). En efecto no hay una habilitación concreta y explícita para el establecimiento de turnos en las farmacias, sino que lo que hace la Ley es mandar la consecución de unos fines y poner a disposición los medios para alcanzarlos -acuerdos con las farmacias como establecimientos sanitarios privados de interés público- sin especificar cada una de las medidas en que deba concretarse ese acuerdo. Exigir que los poderes públicos tengan habilitación específica para cada acción concreta, como parece deducirse de la



Resolución mayoritaria, es absolutamente desproporcionado y exigiría leyes exhaustivas y reglamentistas en continua actualización.

Pero es más, la condición de un órgano público como regulador no sometido a los artículos 1, 2 y 3 de la LDC no le exime de un comportamiento responsable desde el punto de vista del mantenimiento de la competencia en los mercados ni de la actuación de las autoridades de competencia. El Artículo 12.3 de la Ley 15/2007, permite a las autoridades de competencia actuar sobre los actos de las Administraciones Públicas, impugnándolos ante la jurisdicción ordinaria, cuando considere que dichos actos, no previstos en una Ley, obstaculizan la competencia efectiva en el mercado. Pero la realización de dichos actos, impugnables en su caso, no convierten al SESCOG en operador económico sometido a los Artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007.

3 No se conocen precedentes de pronunciamientos de los órganos de competencia en el sentido de la resolución mayoritaria. Por el contrario y con apoyo en normas similares e incluso menos exigentes en cuanto al mandato parlamentario de eficiencia en el uso de los medicamentos y de los recursos públicos, en un acuerdo idéntico entre el Servicio Regional de Bienestar Social de la Consejería de Integración Social de la Comunidad Autónoma de Madrid (SRBS) y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid (COFM), los órganos de competencia consideran que el primero ha actuado como regulador y no como operador económico.

Así en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de junio de 2001, en el expediente R 434/00 Farmacias de Madrid, resolución de un recurso contra el sobreseimiento por el Servicio en un supuesto similar, a la que se alude en la resolución mayoritaria, el TDC concluye: *Dicho precepto (en referencia al Artículo 88 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (LDM), vigente en aquel momento y que se ha mantenido siendo ahora el Artículo 84 de la nueva Ley 29/2006) constituye una clara cobertura legal, específica para las farmacias, de la regulación establecida por el SRBS y que plasma, después, en el acuerdo entre el SRBS y el COFM. El SRBS se ha limitado a concretar las pautas generales que le impone la LDM y, en este sentido, ha actuado como regulador, y no como operador económico.*

Y el Servicio de Defensa de la Competencia había procedido al sobreseimiento del expediente porque, *en el mercado de suministro de medicamentos y productos sanitarios a las residencias para mayores dependientes del SRBS, el SRBS no actúa como operador económico, porque no presta esos servicios, sino que se limita, de acuerdo con la normativa vigente, a regular esta prestación.*

4 En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la CE en el asunto C-205/03 P, Sentencia de la Gran Sala de de 11 de julio de 2006, «Recurso de casación – Competencia – Entes gestores del Sistema Nacional



de Salud español – Asistencia sanitaria – Concepto de “empresa” – Condiciones de pago impuestas a los proveedores de material sanitario».

El Tribunal desestimó el recurso de casación interpuesto por FENIN que solicitaba la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 4 de marzo de 2003, FENIN/Comisión (T-319/99, Rec. p. II-357; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), por la que se desestimó el recurso interpuesto por FENIN para obtener la anulación de la Decisión de la Comisión de 26 de agosto de 1999, que desestimó la denuncia que FENIN había formulado contra veintiséis entes públicos, entre los que se incluyen tres ministerios, encargados de la gestión del Sistema Nacional de Salud (Sistema Nacional de Salud; en lo sucesivo, «SNS»), por el motivo de que dichos entes (en lo sucesivo, «entes gestores del SNS») no son empresas a efectos de la aplicación del artículo 82 CE .

Según el punto 23 de la Sentencia, en su recurso de casación *FENIN alega que el Tribunal de Primera Instancia adoptó una definición excesivamente restrictiva del concepto de actividad económica, puesto que consideró que ésta consiste necesariamente en la oferta de productos o servicios en un mercado determinado, excluyendo de dicha definición toda actividad de compra. Según FENIN, el planteamiento del Tribunal de Primera Instancia permite que numerosas entidades eludan las normas del Tratado en materia de competencia, aun cuando el comportamiento de tales entidades tenga efectos sobre la competencia.*

La apreciación del Tribunal de Justicia se recoge en los puntos 25 y 26 de la Sentencia que se transcriben a continuación:

- 25 *El Tribunal de Primera Instancia recuerda acertadamente, en el apartado 35 de la sentencia recurrida, que el concepto de «empresa» comprende, en el contexto del Derecho comunitario de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21, y de 16 de marzo de 2004, AOK-Bundesverband y otros, C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, Rec. p. I-2493, apartado 46). Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Tribunal de Primera Instancia destaca igualmente, en el apartado 36 de su sentencia, que lo que caracteriza al concepto de actividad económica es la acción de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado (sentencia de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, C-35/96, Rec. p. I-3851, apartado 36).*
- 26 *En el apartado 36 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia deduce acertadamente de lo anterior que no procede disociar la actividad de compra de un producto del uso posterior que se dé a éste para apreciar la naturaleza de tal actividad de compra, y que el carácter*



económico o no del uso posterior del producto adquirido determina necesariamente la naturaleza de la actividad de compra.

Esta Consejera no puede por tanto coincidir con la interpretación que de esta Sentencia hace la Resolución mayoritaria en su Fundamento de Derecho Tercero puesto que la misma lleva a la incoherencia de que el SESCAM es considerado como organismo sanitario ejerciendo la potestad pública que le corresponde, y por tanto no sometido a las normas de competencia, si decide adquirir los productos farmacéuticos prescritos a los residentes a una farmacia o un grupo de farmacias y después distribuirlos a las residencias o acordar que dichas farmacias los distribuyan, pero es considerado operador privado si hace lo mismo utilizando el instrumento que la Ley pone a su servicio, es decir la organización de la prestación mediante acuerdos con el sector farmacéutico para realizar dicho *servicio de sanidad pública*. No podemos olvidar que estamos hablando de prescripciones farmacéuticas cuyo coste integro corre a cargo de la Seguridad Social, a precio cero para el paciente y sin desembolso alguno, siendo el propio Servicio de Salud quien se hace cargo de abonar la factura a las farmacias.

5 Considera la resolución mayoritaria en su Fundamento Jurídico Cuarto que la parte del Acuerdo que se concreta en el establecimiento de turnos de las farmacias para proveer a los establecimientos socio sanitarios *afecta a las condiciones de competencia entre las oficinas de farmacia... y produce un efecto claramente restrictivo de la competencia entre las farmacias que no se puede calificar de irrelevante o ínfimo.*

Esta Consejera considera improbable una afectación de la competencia en un mercado como el de las farmacias en que la competencia está, por decirlo en términos amables, grandemente atenuada, (o en palabras de la propia Resolución mayoritaria *el escaso margen de libertad de competencia que legalmente puede existir entre estos operadores económicos*) y más aún con medidas que afectan a un mercado muy delimitado, el de las prescripciones a las personas mayores de medicamentos y otros productos farmacéuticos reembolsados al 100% por el SESCAM, por lo que no es posible afectar ni a las cantidades ni a los precios pagados por el usuario. Porque la Resolución mayoritaria no distingue entre las prescripciones acogidas a la Seguridad Social y por tanto gratuitas para el usuario, únicas sometidas al turno de farmacia objeto del expediente y el resto de productos, parafarmacia, etc., en los que las farmacias podrán seguir compitiendo, dentro de la limitada competencia que existe entre ellas.

Pero aún en el supuesto de que pudiera demostrarse, lo que esta Consejera considera no es el caso, que los turnos para proveer a las Residencias, tuvieran alguna afectación sobre la competencia en un segmento de mercado minoritario (inferior al 2% del mercado según recoge la Resolución en su Fundamento de Derecho Cuarto) al SESCAM como Organismo público con cobertura legal para organizar las farmacias en cumplimiento de los objetivos



de la Ley, le sería exigible, como reiteradamente este Consejo ha dicho entre otros en las ***Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia***, un análisis y evaluación de la necesidad y proporcionalidad de la medida, ponderando la posible restricción a la competencia y el impacto sobre el bienestar. Y por supuesto la obligación de elegir, entre las posibles medidas para alcanzar el objetivo de interés público, aquella que suponga una menor restricción a la competencia.

Y sin querer entrar en la evaluación de ese balance entre bienestar y restricción, sólo subrayar que el objetivo de un uso más racional de los medicamentos y de un ahorro en la factura farmacéutica es de una importancia vital para el sostenimiento de la Sanidad Pública.

Porque el bien jurídico a proteger en este caso no puede ser ni la libertad de algunos farmacéuticos, agentes que gozan de una situación privilegiada con reservas de mercado, precisamente para que puedan ser instrumentos de la Salud Pública; ni puede ser la libertad de las residencias socio sanitarias de elegir farmacia, puesto que la libertad de elección de farmacia no es un derecho de las residencias sino de los residentes, y esa libertad de elección del residente permanece intacta y completa tras el Acuerdo. Lo que aquí debe protegerse en primer lugar es el derecho de los residentes a tener la mejor prestación farmacéutica en todas las situaciones, tanto cuando delegan en la residencia la adquisición de los productos farmacéuticos prescritos como cuando mantienen su total derecho a elegir farmacia no delegando en la residencia. Y en segundo lugar debe procurarse mejorar la racionalidad del uso de los medicamentos y reducir en la medida de lo posible la factura farmacéutica que debe pagar el Estado, de unos bienes que, no lo olvidemos, con un coste elevado para el erario público son a coste cero para el paciente/consumidor, lo que puede dar lugar a incentivos perversos de incremento no justificado del gasto farmacéutico que los Servicios de Salud, entre ellos el SESCAM deben vigilar y corregir.

Esta Consejera considera que esta Resolución, de confirmarse, al calificar a los Servicios Públicos de Salud como operadores económicos, restringiendo su margen de actuación como reguladores del mercado, podría atentar contra una gestión de la Sanidad Pública en bien del interés general y poner en riesgo el objetivo último de la Ley de sostenibilidad de la sanidad pública y de las actuales prestaciones farmacéuticas y, en última instancia, afectar al mantenimiento de la actual gratuidad total de las prestaciones sanitarias de las personas mayores.

El SESCAM al concertar con los Colegios farmacéuticos de Castilla la Mancha el marco de relación profesional y las bases de la prestación farmacéutica en la Comunidad autónoma, y al desarrollar dicho Concierto con un Acuerdo concreto para regular la atención farmacoterapéutica de personas atendidas en los centros socio sanitarios de Castilla la Mancha, no actuó como un operador económico interfiriendo en el mercado sino como una parte del Sistema



COMISIÓN NACIONAL
DE LA COMPETENCIA

Nacional de Salud, ejerciendo sus obligaciones de defensa del interés público con los medios que el legislador pone a su disposición, y por tanto no sometido a las normas de competencia, sin perjuicio de que en sus actuaciones como regulador deba poner el máximo cuidado para que las posibles restricciones necesarias para tal fin sean las mínimas y proporcionadas al objetivo perseguido. Y, en todo caso, aquellos actos concretos que supongan un obstáculo al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados pueden ser objeto de impugnación por parte de las autoridades de competencia.