



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

(Expte. MC/0008/13, YOFARMA VS COLEGIO DE FARMACÉUTICOS)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 7 de abril de 2014

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición arriba expresada, ha dictado esta resolución en el expediente de medidas cautelares MC/0008/13, YOFARMA VS COLEGIO DE FARMACÉUTICOS, como pieza separada del expediente sancionador SA 08/2012 YOFARMA VS COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE MADRID incoado por una posible infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 16 de octubre de 2012 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia de la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica, de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid (en adelante SDC) escrito de denuncia presentado en representación de la entidad YOFARMA DISTRIBUCIÓN, S.L.U (en adelante YOFARMA) contra el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid (en lo sucesivo COFM), por presuntas conductas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

En dicha denuncia YOFARMA solicita que en caso de que se proceda a la apertura

de expediente sancionador, se *“proceda a adoptar las medidas cautelares necesarias para que no persista la actual situación de restricción de la competencia.”*

2. Tras la realización de los oportunos trámites, en cumplimiento de lo establecido en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, se entendió por la DI-CNC y por el SDC que la conducta denunciada alteraba la competencia exclusivamente en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.
3. Con fecha 12 de noviembre de 2012, en el marco de lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, el SDC inició una información reservada con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador por supuestas prácticas prohibidas en la LDC.
4. Con fecha 30 de septiembre de 2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, el Director de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid acordó la incoación de expediente sancionador contra el COFM por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC.
5. Con fecha 16 de octubre de 2013, el SDC elevó al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de acuerdo con el artículo 54 de la LDC, informe en el que propone la adopción de la siguiente medida cautelar:

“PRIMERO: *Informar por el COFM en la sección de noticias de la página de inicio de su web, sin necesidad de hacer segundo click, y con una permanencia mínima de 15 días, el texto siguiente:*

“Con fecha 30 de septiembre de 2013, se ha acordado la incoación del expediente sancionador SA 08/2012 YOFARMA VS COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE MADRID, mediante Resolución del Director General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en el artículo 1.1 de la LDC realizadas por el COFM, consistentes en una posible recomendación colectiva en la carta de fecha 21 de julio de 2011 remitida a los colegiados.

Tanto la incoación como la propuesta de medidas cautelares de este expediente no prejuzga el resultado final de la investigación.”

SEGUNDO: *Abstenerse el COFM de la transmisión de mensajes que tengan como contenido la supuesta ilegalidad o alegalidad de la actividad del denunciante objeto del presente expediente, durante la tramitación y resolución del mismo.”*

6. Con fecha 22 de enero de 2014 el SDC, de conformidad con el artículo 50.3 de la LDC formuló el Pliego de Concreción de Hechos.

7. Con fecha 14 de febrero y 27 de febrero de 2014 tuvo entrada en el SDC escrito de alegaciones de YOFARMA y el COFM.

En su escrito el COFM, conforme a los artículos 52 de la LDC y 39 del RDC, solicita el inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento, presentando a tal efecto propuesta de compromisos.

8. Mediante Acuerdo de 5 de marzo de 2014, el Secretario de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), concedió un plazo de cinco días para alegaciones a los interesados.
9. Con fecha 17 de marzo de 2014 se recibieron en la CNMC las alegaciones del COFM.
10. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 20 de marzo de 2014.

11. Son interesados:

- YOFARMA DISTRIBUCIÓN, S.L.U.
- COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE MADRID.
- DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN E INSPECCIÓN DE LA CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

HECHOS PROBADOS

1. La entidad mercantil YOFARMA DISTRIBUCIÓN, S.L.U es una empresa de mensajería especializada en la mensajería de medicamentos y productos farmacéuticos a domicilio.

El procedimiento diseñado por YOFARMA consiste en acudir al domicilio del cliente a fin de obtener las recetas para posteriormente adquirir los medicamentos en las oficinas de farmacias, y proceder a su entrega en el citado domicilio.

2. Señala la denunciante que desde su constitución en el año 2011 ha sido objeto de persecución por parte del COFM y del Área de Inspección Farmacéutica de Madrid.
3. La primera medida de represión que adoptó el COFM, según la representación de YOFARMA, fue la remisión de varias cartas a sus colegiados en las que hacía

alusión a la ilegalidad de la actividad desarrollada por la mercantil. (cartas de 21 de julio de 2011 y 16 de febrero de 2012)

4. Además de esta actuación, YOFARMA denuncia que ha sido objeto de persecución por parte del área de Inspección Farmacéutica de Madrid, dado que la inspección realizada por el Servicio de Control Farmacéutico y Productos Sanitarios, el 5 de marzo de 2012 en la sede de YOFARMA, derivó en la apertura de un procedimiento sancionador y posterior resolución con imposición de sanción pecuniaria por estimar vulnerada la independencia inherente al cargo de Directora Técnica e incurrir por ello en infracción grave, tipificada en el artículo 61.5 e) de la Ley 19/1988, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid.

Manifiesta la denunciante que esta resolución se encuentra actualmente recurrida.

5. Estas actuaciones, indica YOFARMA, han repercutido de forma muy negativa en su actividad, dado que ciertos Ayuntamientos han anulado los Convenios que tenían acordados con ésta como consecuencia directa de la presión ejercida por el COFM e inspección farmacéutica.
6. La Carta del COFM de fecha 21 de julio de 2011 dirigida a sus colegiados versa sobre ciertas irregularidades que el COFM aprecia en la actividad de la empresa YOFARMA:

“ recientemente hemos tenido en conocimiento de que esta empresa se está poniendo en contacto con determinados ayuntamientos con objeto de alcanzar un acuerdo mediante el cual implantarían su esquema de suministro de medicamentos a la población, y aquellas oficinas de farmacia que desearan adherirse a este sistema deberían abonar una-elevada- cantidad económica a modo de cuota de suscripción.

Debido a esta presunta canalización de recetas que desde esta empresa pudiera estar realizándose, y en tanto tengamos contestación de la Dirección General de Ordenación e Inspección de la Consejería de Sanidad, pongo en tu conocimiento estas actuaciones para que lo tengas en cuenta si tienes contacto con esta empresa, debido a que podría generarte algún problema legal”.

7. Por lo que respecta a la Carta de 16 de febrero de 2012, en la misma el COFM transmite a sus colegiados que según indica la Dirección General de Inspección, la condición de Presidenta del Consejo de Administración de YOFARMA de una farmacéutica que a su vez, ejerce como Directora Técnica de una oficina de farmacia de Madrid, pudiera contravenir el artículo 101.2b) de la Ley 29/2006 de Garantía y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios. Asimismo advierte que conforme al artículo 101.2 c) Apartado 11, de la anterior ley constituye infracción grave: *“vender medicamentos o productos sanitarios a domicilio o a través de internet o de otros medios telemáticos o indirectos, en contra de lo previsto en esta Ley”.*

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. Normativa aplicable.

En virtud del artículo 9 de la Ley de 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (BOCM de 29 de diciembre de 2011), queda extinguido el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, creado por la Ley 6/2004, de 28 de diciembre.

Desde el 1 de enero de 2012, el ejercicio de las competencias en materia de defensa de la competencia en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid ha sido asumido por la Consejería de Economía y Hacienda, y en concreto, dentro de la Viceconsejería de Economía, Comercio y Consumo, por la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica.

De esta forma, de conformidad con la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia son responsabilidad de la citada Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica, residiendo las competencias de resolución de los expedientes en la Autoridad Estatal de Competencia, de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria única de la citada Ley 1/2002.

De conformidad con la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, toda referencia normativa a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) deberá entenderse hecha a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y, del mismo modo, toda referencia a la Dirección de Investigación deberá entenderse referida a la Dirección de Competencia.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como en el artículo 14.1.a) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la competencia para dictar la presente resolución corresponde a la Sala de Competencia de la CNMC.

El artículo 54 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, dispone que: *"Una vez incoado el expediente, el Consejo Nacional de la Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte"*.

Por su parte, el artículo 40 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, establece al efecto que *"el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, entre otras, las siguientes medidas cautelares tendentes a asegurar la eficacia de la resolución"*.

a) *Órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere.*

b) *Fianza de cualquier clase declarada bastante por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar."*

El mismo precepto, en su segundo apartado, añade que *"No se podrán dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales"*.

Respecto a la adopción y al régimen jurídico de estas medidas cautelares, el artículo 41 del RDC dispone que *"Si las medidas cautelares hubieran sido solicitadas por los interesados, la Dirección de Investigación, en el plazo de dos meses a contar desde la presentación de la solicitud o, en su caso, de la adopción del acuerdo de incoación, elevará la propuesta al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, sin perjuicio de lo cual la petición sólo podrá entenderse desestimada por silencio negativo transcurrido el plazo máximo de tres meses, que se computará de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio."*

En cuanto a la vigencia de las medidas cautelares que se adopten, el mismo precepto dispone que *"5. Las medidas cautelares cesarán cuando se adopte la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que ponga fin al procedimiento y en ningún caso su propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación suspenderá la tramitación del procedimiento."*

Finalmente, el artículo 41 del RDC termina estableciendo que *"6. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en caso de incumplimiento de las medidas cautelares acordadas el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá imponer multas coercitivas que se registrarán por lo dispuesto en el artículo 21 del presente Reglamento."*

Por lo que respecta a los presupuestos o condiciones para la adopción de una medida cautelar, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia venía considerando que son los siguientes: (a) que se haya incoado por el órgano instructor el correspondiente expediente sancionador (principio de accesoriadad); (b) que se aprecie *prima facie* en el expediente que las conductas objeto del mismo son anticompetitivas (principio de apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*); (c) que esas conductas estén causando perjuicios al mercado, de tal modo que de no atajarse de forma inmediata, puedan objetivamente restar eficacia a la Resolución a dictar en el expediente principal (principio de peligro en la demora o *periculum in mora*); (d) exista una propuesta del órgano instructor bien de oficio bien a instancia de las partes, interesando la adopción de medidas cautelares; (e) que se dé audiencia a los interesados (principio contradictorio); (f) que se adopten en un plazo muy breve y con simplificación de trámites (procedimiento sumario y de urgencia); (g) que las medidas

adoptadas no ocasionen perjuicios irreparables, ni violen derechos fundamentales pudiéndose, al efecto, exigir fianza al solicitante de las mismas (principio de equilibrio); y, (h) que el plazo para el que se concedan las medidas cautelares no exceda de seis meses (exigencia que no se contiene en la vigente LDC). (Véanse, por ejemplo, los Expedientes MC/006/12 Tanatorios de Coslada o MC/007/12 Criadores de Caballos).

SEGUNDO. Propuesta elevada y alegaciones.

El objeto de la presente Resolución como pieza separada del expediente sancionador SA08/2012 YOFARMA VS COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE MADRID es resolver sobre la base de la propuesta elevada por el Servicio de Defensa de la Competencia de Madrid y a la luz de la normativa y la doctrina expuestas en el Fundamento Jurídico anterior, la procedencia de imponer medidas cautelares en el expediente anteriormente citado.

Tal y como se ha expuesto en el Antecedente de Hecho 1 y 5 de esta Resolución, el denunciante solicita se adopten las medidas cautelares necesarias para que no persista la actual situación de restricción de la competencia. Por su parte el SDC propone a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC proceder a la adopción de las medidas cautelares siguientes:

“PRIMERO: *Informar por el COFM en la sección de noticias de la página de inicio de su web, sin necesidad de hacer segundo click, y con una permanencia mínima de 15 días, el texto siguiente:*

"Con fecha 30 de septiembre de 2013, se ha acordado la incoación del expediente sancionador SA 08/2012 YOFARMA VS COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE MADRID, mediante Resolución del Director General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en el artículo 1.1 de la LDC realizadas por el COFM, consistentes en una posible recomendación colectiva en la carta de fecha 21 de julio de 2011 remitida a los colegiados.

Tanto la incoación como la propuesta de medidas cautelares de este expediente no prejuzga el resultado final de la investigación."

SEGUNDO: *Abstenerse el COFM de la transmisión de mensajes que tengan como contenido la supuesta ilegalidad o alegalidad de la actividad del denunciante objeto del presente expediente, durante la tramitación y resolución del mismo*

En su escrito de alegaciones, el COFM sostiene que:(i) la suspensión del proceso principal (el expediente sancionador) debido al inicio de la terminación convencional ha de determinar necesariamente la paralización del accesorio que depende del él (el de medidas cautelares) (ii) no concurre en el presente caso el presupuesto del periculum in mora necesario para adoptar la medida cautelar.

TERCERO. Sobre los presupuestos para la adopción de la medida cautelar.

El requisito fundamental para la adopción de las medidas cautelares objeto de propuesta es que éstas aseguren la eficacia de la Resolución que en su día se dicte por esta Sala. Por tanto, se debe valorar la pertinencia de la protección cautelar analizando si concurren los presupuestos subjetivos, materiales y formales que establece la LDC.

Es conocido que la adopción de medidas cautelares es independiente de la conclusión final que se adopte en relación con la efectiva realización de una conducta infractora, pero en todo caso para adoptarlas, debe existir un expediente en el cual se investigan unos hechos que, *prima facie*, podrían ser constitutivos de infracción administrativa, y que los mismos podrían causar perjuicios sustanciales y cuya continuación podrían causar perjuicios de suficiente entidad y hacer ineficaz la Resolución que se dictase (Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2008, F.J CUARTO).

En el análisis de los requisitos necesarios para que proceda la adopción de medidas cautelares, entiende este Consejo que debe pronunciarse sobre los requisitos del artículo 54 LDC: 1) la aparente existencia de unos hechos que *prima facie* pueden ser subsumidos en una de las infracciones tipificadas por la Ley, de ahí que el precepto exija la existencia de un expediente sancionador, que el órgano instructor sólo puede incoar cuando se observan indicios racionales de conductas prohibidas (*fumus delicti commissi*), y 2) que exista *periculum in mora* por la no adopción de la medida cautelar propuesta, esto es, en palabras del legislador, que "*las medidas cautelares sean necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte*". A estos dos presupuestos sustantivos fundamentales de la institución cautelar, el ya mencionado artículo 40.2 RDC añade otro no menos importante: "*no se podrán adoptar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales*" (Vid. Resolución CNC, MC 007/12, Criadores de Caballos).

Respecto de la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* basta con que exista una razonable probabilidad de que las conductas denunciadas, que ha de enjuiciar la resolución final, sean ciertas y constituyan infracción de la LDC.

Esta característica concurre en el presente caso dado que existen indicios de que el contenido de las cartas remitidas por el COFM a todos los colegiados de oficina de farmacia mediante correo postal y electrónico pueden constituir una recomendación colectiva prohibida por el artículo 1 de la LDC.

La alusión en la carta de 21 de julio de 2012 a una supuesta ilegalidad de la actividad de YOFARMA y la indicación a los colegiados "*pongo en tu conocimiento estas actuaciones para que lo tengas en cuenta si tienes contacto con esta empresa, debido a que podría generarte algún problema legal*", podría coartar el principio de autonomía e independencia de comportamiento libre de cada uno de los colegiados restringiendo así la competencia.

Incluso en el supuesto de que el servicio realizado por YOFARMA pudiese ser antijurídico, las recomendaciones colectivas del Colegio a sus Colegiados estarían expresamente prohibidas en cuanto homogenizan pautas de comportamiento de sus colegiados.

En cuanto al *periculum in mora* deben ser precisadas las razones por las que se teme que la demora en adoptar la resolución final ponga en peligro su eficacia así como la idoneidad de las medidas propuestas para evitar aquel peligro, asegurando la operatividad de la resolución final.

En este sentido esta Sala comparte el criterio del SDC de que el contenido de la carta de 21 de julio de 2011, que el COFM remitió a sus colegiados podría perjudicar la imagen de la empresa denunciante al hacer alusión en la misma a una supuesta ilegalidad de la actividad que desarrolla, y ocasionar también daños y perjuicios en un sentido económico a la mercantil, ya que se han visto anulados diversos acuerdos que la empresa había iniciado con diferentes Ayuntamientos, según manifiesta la denunciante.

La finalidad de las medidas cautelares, tanto en el proceso judicial como en el procedimiento administrativo, consiste en evitar que antes de que se dicte una determinada resolución judicial o administrativa se produzca un estado de circunstancias tal que frustre, con lesión de los derechos de alguna de las partes concernidas, la efectividad de la resolución final que pudiera dictarse.

Por ello, esta Sala considera proporcionado que se adopte la medida cautelar propuesta por el SDC consistente en:

“PRIMERO: *Informar por el COFM en la sección de noticias de la página de inicio de su web, sin necesidad de hacer segundo click, y con una permanencia mínima de 15 días, el texto siguiente:*

"Con fecha 30 de septiembre de 2013, se ha acordado la incoación del expediente sancionador SA 08/2012 YOFARMA VS COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE MADRID, mediante Resolución del Director General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en el artículo 1.1 de la LDC realizadas por el COFM, consistentes en una posible recomendación colectiva en la carta de fecha 21 de julio de 2011 remitida a los colegiados.

Tanto la incoación como la propuesta de medidas cautelares de este expediente no prejuzga el resultado final de la investigación."

SEGUNDO: *Abstenerse el COFM de la transmisión de mensajes que tengan como contenido la supuesta ilegalidad o alegalidad de la actividad del denunciante objeto del presente expediente, durante la tramitación y resolución del mismo"*

Con respecto a la alegación del COFM de que la suspensión del procedimiento principal determina la suspensión del procedimiento de medidas cautelares hasta la conclusión de la terminación convencional, la misma debe ser desestimada.

El acuerdo del instructor del SDC de la Comunidad de Madrid, de fecha 5 de marzo de 2014, lo que suspende conforme al artículo 37.1 g) de la LDC, es el cómputo del plazo máximo previsto legalmente para la resolución del procedimiento, lo que no significa que el procedimiento principal y la pieza separada queden paralizados, y no se puedan llevar a cabo actuaciones.

La adopción de la medida cautelar no prejuzga, anticipa ni decide directa o indirectamente el fondo de la cuestión que se dilucida en el expediente principal, (SA/08/2012 YOFARMA vs COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE MADRID), sino que su objeto es otro, asegurar la eficacia de la resolución que en su día pueda dictarse.

La LDC permite que las medidas cautelares puedan adoptarse en cualquier momento del procedimiento, una vez se haya incoado el mismo. La única limitación prevista en el artículo 41.5 del RDC, es que las medidas cesarán cuando se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento, y en ningún caso su adopción, suspensión, modificación o revocación suspenderá la tramitación del procedimiento.

La tesis del recurrente pondría en riesgo la tutela cautelar, la cual es parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución, del particular, administrado, o en general interesado en el procedimiento, ya que los imputados podrían presentar unos compromisos de terminación convencional, en fraude de ley, con objeto de impedir la adopción de medidas cautelares mermando la eficacia de la resolución final.

Por otra parte, es fundamental precisar que la normativa de defensa de la competencia únicamente reconoce un derecho a solicitar la terminación convencional, que no a que se termine convencionalmente un procedimiento, por lo que no se puede apreciar una correlativa obligación de la CNMC a concluir de esta forma un procedimiento por el mero hecho de solicitarse.

En este sentido, la decisión que se adopte sobre si procede o no la terminación convencional o, en su vertiente más prematura, si procede o no iniciarla, tiene carácter discrecional, de suerte que si cumple con las exigencias de la motivación, ex artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC), y no se revela arbitraria, debe entenderse ajustada a derecho.

Debe ser la autoridad de competencia la que a la vista de las circunstancias del caso concreto, y de forma ciertamente estricta, valore la pertinencia de la terminación convencional como fórmula de solución de situaciones de restricción de la competencia alternativa a la sanción (entre otras, Resolución de la CNMC, de fecha 20 de febrero de 2014 Expte. R/0160/13, UDER).

Por todo ello, la alegación de COFM debe ser rechazada.

Finalmente no se aprecia la posibilidad de producir un eventual daño irreparable al COFM por el hecho de que se publique en su página web la incoación de expediente sancionador por presuntas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1.1 de la LDC, por cuanto la adopción de dicha medida es independiente de la conclusión que se adopte en relación con la efectiva realización de la conducta infractora y no prejuzga los aspectos sustantivos de la resolución que en su día se dicte.

Por otro lado, dicha medida viene también contemplada en el artículo 37 de la vigente Ley 3/2013, de 4 de junio, así como en el anterior artículo 27 de la ley 15/2007, de 15 de julio, al imponer el deber de publicar toda incoación de expediente sancionador tramitado por las Autoridades de Competencia, de forma que la publicidad de dicha medida, legalmente prevista, no debe reputarse especialmente lesiva para el incoado o debe, en cualquier caso, reputarse que el incoado tiene el deber jurídico de soportar dicha potencial lesión. La medida extraordinaria de publicidad que mediante esta medida cautelar se adopta no difiere ni supone un exceso extraordinario respecto de la legalmente prevista en los citados preceptos lo que debe conducir igualmente a estimar la medida proporcionada.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo, en Sala de Competencia

HA RESUELTO

Único.- Adoptar la medida cautelar por la que se ordena al COFM a:

a) Informar por el COFM en la sección de noticias de la página de inicio de su web, sin necesidad de hacer segundo click, y con una permanencia mínima de 15 días, el texto siguiente:

"Con fecha 30 de septiembre de 2013, se ha acordado la incoación del expediente sancionador SA 08/2012 YOFARMA VS COLEGIO DE FARMACÉUTICOS DE MADRID, mediante Resolución del Director General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en el artículo 1.1 de la LDC realizadas por el COFM, consistentes en una posible recomendación colectiva en la carta de fecha 21 de julio de 2011 remitida a los colegiados.

Tanto la incoación como la propuesta de medidas cautelares de este expediente no prejuzga el resultado final de la investigación."

b) Abstenerse el COFM de la transmisión de mensajes que tengan como contenido la supuesta ilegalidad o alegalidad de la actividad del denunciante objeto del presente expediente, durante la tramitación y resolución del mismo.

Notifíquese esta Resolución a la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica, de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, y a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.