



## El Tribunal Supremo aclara en qué casos las recomendaciones de una asociación son anti-competitivas e ilegales

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de Octubre de 2014*

### Antecedentes

Mediante la Orden SCO 3997/2006, el Ministerio de Sanidad fijó, por primera vez tras la entrada en vigor de la Ley 29/2006, los conjuntos y los precios de referencia, estableciendo la fórmula para su cálculo. En dicha Orden se relacionaban, entre otros, los precios menores de las presentaciones de medicamentos a los efectos de su dispensación y sustitución por el fármaco.

En 2007, Laboratorios Davur publicó anuncios que contenían una tabla comparativa de los precios mínimos aprobados mediante la Orden, y los precios de sus medicamentos, siendo éstos más bajos. Dichos anuncios se acompañaban de frases como: *"no hay ninguno tan económico"* y *"con estos precios se respeta, y mucho, su prescripción"*.

La Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE) reaccionó publicando anuncios afirmando que la campaña de Davur daba a entender que los farmacéuticos no respetaban la prescripción médica y que ocasionaba *"enormes daños a los farmacéuticos"*. En sus anuncios, FEFE también recordó que, en caso de prescripción por principio activo, el fármaco no tenía la obligación de dispensar el fármaco de precio más bajo, sino el de precio menor que constaba en la Orden. FEFE, además de publicar su anuncio a través del mismo medio que Davur, lo envió a todas las farmacias de España, así como a varios laboratorios farmacéuticos.

Con posterioridad a la campaña de FEFE y a otras actuaciones similares realizadas por distintas asociaciones de farmacéuticos y oficinas de farmacia, muchos farmacéuticos españoles informaron a Davur que dejarían de dispensar sus productos, que sus productos no entrarían en sus farmacias y/o que deseaban romper toda relación comercial con Davur.

### La posición de la CNC

Davur reaccionó denunciando a FEFE y a otras asociaciones ante la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), alegando que habían orquestado una campaña colectiva en su contra.

El expediente 649/08 "Productos Farmacéuticos Genéricos" fue resuelto en marzo de 2009. La CNC consideró que las actuaciones de FEFE y el resto de asociaciones habían infringido la Ley de Defensa de la Competencia emitiendo recomendaciones colectivas ilegales. La CNC reconocía que las denunciadas tenían derecho a defender los intereses de sus asociados, pero resolvió que dicha defensa no podía realizarse en forma de una concertación anticompetitiva.

Según la resolución de la CNC, para que exista una recomendación colectiva no es preciso decir exactamente cómo se tiene que comportar un colectivo, basta con lanzar señales o pautas de homogenización de comportamiento. Además, la CNC no solo tuvo en consideración la información remitida por FEFE a los farmacéuticos, sino cómo el mensaje sería percibido por éstos. El hecho de que FEFE hiciese referencia a los *"enormes daños"* que causaba la campaña de



Davur, sostuvo la CNC, ilustra que FEFE estaba valorando la cuestión en atención al impacto de dicha campaña en los beneficios de las farmacias.

La CNC impuso multas severas, por considerar que FEFE había emitido una recomendación colectiva tendente a homogeneizar el comportamiento de las oficinas de farmacia frente a Davur. En su día, la Audiencia Nacional confirmó la infracción, si bien redujo las multas en un 50%. No satisfecha con la reducción de la multa, FEFE recurrió en casación. El Tribunal Supremo, tras analizar el caso y la doctrina sobre la materia que conforma su acervo, anuló la resolución de la CNC, dejando sin efecto la sanción impuesta.

### Las recomendaciones colectivas

Al valorar el caso concreto, el Tribunal Supremo juzgó que FEFE no emitió una recomendación colectiva prohibida, sino que actuó en respuesta de un previo comunicado de Davur recordando, esclareciendo e interpretando cuál era el criterio legal existente en materia de dispensación de genéricos. Además, el Tribunal concedió especial importancia al hecho de que el anuncio de FEFE se publicó en un contexto temporal marcado por los importantes cambios que se estaban produciendo en las normas relativas a la dispensación de genéricos. Tomando todo ello en consideración, el Tribunal consideró que la información emitida por FEFE no pretendía trasladar una recomendación sobre cómo actuar, sino aclarar posibles confusiones.

La sentencia incluye un voto particular disidente de dos magistrados que consideraron que la conducta de FEFE era capaz de afectar negativamente a las condiciones de competencia en el mercado y que hubieran mantenido la sanción. Por otro lado, es una sentencia interesante en la medida en que

repasa la doctrina del Tribunal Supremo en una materia compleja.

El Tribunal parte de la idea de que la apreciación de si existe o no una recomendación colectiva prohibida es una materia eminentemente casuística, en la que resulta determinante el contexto y las circunstancias concurrentes. Dicho esto, la sentencia podría leerse en el sentido de que sólo existe una recomendación colectiva prohibida cuando exista un acto, emitido por una entidad, que tenga como objetivo que sus destinatarios actúen de forma homogénea o armonizada en vez de hacerlo de forma independiente y autónoma.

Esta idea viene reforzada por diversos ejemplos que se detallan en la sentencia, normalmente relativos a actos tendentes a sustituir la actuación individual de los asociados por una actuación conjunta. Además, para que exista la recomendación colectiva ilícita no es preciso que el acto adoptado por la asociación sea vinculante, basta con que pretenda que los asociados se comporten del mismo modo.

Por el contrario, según la sentencia, no existe recomendación colectiva cuando una asociación se limita a informar sobre ciertas cuestiones, en especial si se trata de cuestiones complejas, y deja muy claro a sus asociados que cada uno de ellos, después de valorar la información facilitada, debe adoptar, individualmente, las decisiones que estime más oportunas para sus intereses.

En cualquier caso, a pesar de la importancia del elemento intencional, conviene extremar la prudencia. Un acto que no pretenda fomentar una conducta homogénea, pero que sea objetivamente apto para provocarla, que sea capaz de generar entre los destinatarios una cierta disposición o comportamiento, también puede ser sancionado.