



## Existen argumentos sólidos para impugnar la subasta de medicamentos del Servicio Andaluz de Salud

*El Consejo de Estado dictamina en contra (Dictámenes 158/2012 y 160/2012) mientras el SAS publica los medicamentos seleccionados (Resolución de 19 de Marzo)*

### La subasta andaluza es nula

Hasta el domingo día 25, uno podía pensar que la tormenta creada por la Junta de Andalucía y por el Servicio Andaluz de Salud con la "subasta" de medicamentos tal vez quedaría apaciguada al margen de los diversos procedimientos administrativos o judiciales en marcha. Suele decirse que cualquier mal arreglo es mejor que un buen pleito, y seguramente es verdad, pero si no se produce un cambio en la administración andaluza, y todo indica que no se producirá, no quedará más remedio que seguir por la vía judicial.

Nuestra posición al respecto es que la Resolución de 25 de enero de 2012 por la que se convocó el proceso de selección de medicamentos a dispensar en Andalucía cuando en las recetas sean prescritos por principio activo es nula de pleno derecho.

Entendemos que ello es así porque el SAS no respeta la Ley 29/2006 ni otras disposiciones legales, invade competencias del Estado, e incumple el propio Estatuto de Andalucía y normas y principios básicos de derecho comunitario europeo. Además, la Resolución y el modelo de convenio anexo a la misma adolecen de imprecisiones graves que dificultan o impiden la participación de las empresas en la convocatoria en un régimen de competencia

La resolución del Director Gerente del SAS de 19 de marzo de 2012 aprobando el listado de medicamentos seleccionados debe considerarse nula por los mismos motivos.

### La posición del Consejo de Estado

Dado que es muy posible que estas cuestiones tengan que ser finalmente resueltas por los tribunales, bueno es saber que el Consejo de Estado, en dos Dictámenes emitidos al respecto, entiende que existen fundamentos jurídicos suficientes para impugnar la constitucionalidad de la Resolución de 25 de enero de 2012 y para interponer recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-Ley 3/2011 de la Junta de Andalucía en base al cual se adoptó dicha resolución.

El razonamiento de los dictámenes es contundente:

- El Estado ostenta competencia exclusiva para el establecimiento de una prestación farmacéutica en el Sistema y su financiación pública.
- La subasta convocada en Andalucía tiene como efecto directo la exclusión de ciertos medicamentos del ámbito de la prestación, lo que es contrario al principio de que el catálogo de prestaciones sanitarias aprobado mediante el Decreto 1030/2006 es común a todos los usuarios y que las Comunidades Autónomas pueden mejorarlo pero no restringirlo.

Esperemos que los tribunales encargados de resolver el asunto se alineen con esta posición y, especialmente, que se adopten las medidas necesarias para suspender la aplicación de las resoluciones antes de que se causen perjuicios que, llegado el caso, deberán ser indemnizados.



## Recomendar el PVP es lícito siempre que no se imponga o se incentive un precio fijo o mínimo

**Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 30 de Diciembre de 2011 (Expte. S/323/11 Industrial Farmacéutica Cantabria)**

Una empresa que vende productos de parafarmacia a través de una página web denunció ante la CNC a un laboratorio que fabrica y comercializa cosméticos y complementos alimenticios por supuesta fijación de precio de reventa, negativa de suministro y discriminación entre venta tradicional y venta electrónica. Según la denunciante, ciertos packs promocionales estaban vetados a los operadores de comercio electrónico. La CNC no aprecia indicios de infracción de la normativa de defensa de la competencia y decide archivar la denuncia en base a los siguientes argumentos:

### Fijación de precios de reventa

La denunciante alegó que el laboratorio denunciado amenazaba con no suministrar sus productos si los precios de venta por Internet eran inferiores al 15% del PVP recomendado por el laboratorio.

Sobre este aspecto la CNC recuerda que la normativa de defensa de la competencia sanciona el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo, pero que la recomendación de precios de reventa o el establecimiento de precios máximos es aceptable siempre que la cuota de mercado de cada una de las partes no exceda del 30% y que la recomendación no se acompañe con medidas de presión o incentivos (amenazas, multas, suspensión de entregas) que supongan de facto el establecimiento de un precio fijo; y

En el caso denunciado el laboratorio establecía

un listado de precios recomendados de reventa en el que se indicaba expresamente que era "de carácter orientativo, dejándose su fijación al libre criterio del canal distribuidor". La CNC consideró que el denunciante no fue capaz de demostrar las supuestas amenazas recibidas del laboratorio, y además consideró que tampoco existían indicios de éstas por cuanto diversas parafarmacias online ofrecían precios inferiores a los recomendados por el laboratorio. Además, la CNC consultó con algunos competidores quienes afirmaron que fijan libremente el precio de venta al público.

### Abuso de posición de dominio

En cuanto a la acusación de conductas abusivas por discriminatorias y por negativa de suministro, la CNC recuerda que para poder determinar la existencia de un abuso anticompetitivo es requisito indispensable que la empresa denunciada ostente una posición de dominio en el mercado relevante.

Para determinar dicha posición la CNC utiliza el criterio establecido en las Orientaciones de la Comisión Europea, según el cual empresas con cuotas inferiores al 40% en principio no son susceptibles de ejercer un poder de mercado, habiendo una presunción de la existencia de posición de dominio cuando la cuota supera el 50%. Dado que la cuota de mercado del laboratorio denunciado no superaba el 25%, se concluyó que no existía posición de dominio y, por lo tanto, no se apreció abuso alguno.



## Las cláusulas de no competencia post contractual en un contrato laboral no pueden quedar al arbitrio de una de las partes

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 8 de Noviembre de 2011, Recurso 409/2011*

### Antecedentes

Una trabajadora suscribió un contrato de trabajo con su empresa, en el que se establecía una obligación de no competencia por parte de la trabajadora, aplicable durante la vigencia del contrato y durante seis meses tras la extinción del mismo. A cambio de la obligación de no competencia, la empleada recibiría, una vez terminada la relación laboral, una compensación equivalente a un tercio del salario promedio del último año. En el caso de que la trabajadora incumpliera su obligación de no competencia, tenía que pagar una indemnización a la empresa en la misma proporción. El pacto de no competencia contemplaba la posibilidad de que la empresa dispensara a la trabajadora del cumplimiento de dicho pacto, evitándose de esta forma el pago de la indemnización. Después de haber trabajado en la empresa durante varios años, la empleada comunicó a la empresa su baja voluntaria, notificándole que su nueva actividad no suponía competencia para la misma, y solicitando el pago de la compensación económica pactada. La empresa aceptó la baja voluntaria, pero no accedió al abono de dicha indemnización.

El Juzgado de lo Social estimó la demanda de la trabajadora contra la empresa condenándole al pago de la cantidad reclamada. La empresa recurrió dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia, el cual la revocó. Contra esta segunda sentencia la trabajadora interpuso un recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo (TS).

### Naturaleza bilateral del pacto

En su sentencia el TS recuerda sus pronunciamientos anteriores, en los que ya estableció que un pacto de no competencia post contractual para ser válido y lícito, debe cumplir tres requisitos: la existencia de un interés comercial o industrial del empresario, una duración máxima de dos años, y una compensación económica para el trabajador. Este doble interés -para la empresa la no utilización en otras empresas de los conocimientos adquiridos en ésta por el empleado y, para el empleado, la estabilidad económica una vez finalizado el contrato- hace que nos hallamos ante obligaciones bilaterales o recíprocas. Y según el Código Civil "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

Dado que el pacto de no competencia post contractual genera derechos y obligaciones para ambas partes, es nula la cláusula que prevé su modificación o extinción de manera unilateral por una de las mismas. El TS entiende que si el pacto de no competencia contempla la posibilidad de que la empresa dispense a la trabajadora del cumplimiento de dicho pacto y deje de abonarle la compensación, lo que sucede es que se deja al arbitrio de una de las partes, la empresa en este caso, la propia existencia de un pacto bilateral, lo cual no es aceptable. Por ello, el TS estima el recurso planteado por la trabajadora, confirma la sentencia dictada en primera instancia, y obliga a la empresa a pagar la compensación pactada.





## Tratamiento de datos personales sin consentimiento del afectado cuando existe un interés legítimo para hacerlo

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de Febrero de 2012*

### Antecedentes

En nuestro CAPSULAS 130 de Noviembre de 2011 comentamos la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 24 de noviembre 2011, relativa a la posibilidad de que la normativa nacional prevea que, para que se puedan tratar datos personales sin necesidad de recabar el consentimiento del afectado, se deban cumplir condiciones o requisitos adicionales no previstos en la normativa comunitaria.

La sentencia del TJUE fue dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo (TS) con carácter previo a dictar la Sentencia que analizaremos a continuación.

### Decisión del Tribunal Supremo

La cuestión objeto de examen por el TS es si los apartados a) y b) del artículo 10.2 del Real Decreto (RD) 1720/2007, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, son conformes a Derecho o no porque los requisitos que se contemplan en dicha norma para legitimar el tratamiento de datos personales exceden de los previstos en la normativa comunitaria. La regla general para el legítimo tratamiento de datos personales es contar con consentimiento previo del afectado. No obstante, los apartados a) y b) del artículo 10.2 del RD 1720/2007, contemplan las excepciones a dicha regla general siendo válido el tratamiento de datos personales aun sin

contar con el consentimiento del afectado cuando:

- lo autorice una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario;
- tenga por objeto satisfacer un interés legítimo del responsable del tratamiento amparado por una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario, salvo que prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales de los interesados;
- sea necesario para que el responsable del tratamiento cumpla un deber que le imponga una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario;
- los datos objeto de tratamiento figuren en fuentes accesibles al público y el responsable del tratamiento tenga un interés legítimo para su tratamiento, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

El TS recogiendo la doctrina del TJUE considera que no hay dudas de que la exigencia por la norma española de que los datos personales figuren en fuentes accesibles al público es un requisito que no se contempla por la normativa comunitaria, por lo que la norma que la recoge es contraria a derecho. En consecuencia, para el legítimo tratamiento de datos personales sin el consentimiento previo del interesado, basta que el tratamiento satisfaga a un interés legítimo del responsable y que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.