



---

## Transparencia y competencia en el sector farmacéutico: un complejo equilibrio

**Irene Moreno-Tapia**

Consejera

[irene.moreno@cuatrecasas.com](mailto:irene.moreno@cuatrecasas.com)

### RESUMEN

La transparencia, como mecanismo de control del poder público, está adquiriendo una relevancia notoria en los últimos tiempos, manifestándose una tendencia al reconocimiento del derecho de acceso a la información pública con un amplísimo alcance. Los límites a este derecho, previstos en la propia Ley de Transparencia, son de rara aplicación y el mercado farmacéutico no es una excepción. Proponemos que, en el análisis de ponderación de los intereses públicos y privados en juego, se incorpore el impacto que el conocimiento de cierta información puede tener en el proceso competitivo del mercado de que se trate, muy especialmente en el mercado farmacéutico. Ello estaría en línea con la preocupación manifestada históricamente por las autoridades de competencia en relación con conductas de empresas que han contribuido a un incremento de la transparencia en los mercados.

### ABSTRACT

Transparency is becoming increasingly relevant as a mechanism to control public authorities, confirming a widespread tendency to acknowledge the right to access public information. The limitations to this right established in the Transparency Act are rarely applied, and the pharmaceutical market is no exception. We put forward that the impact of having access to certain information on the competitive process should be included when assessing the public and private interests at stake, especially in the pharmaceutical market. This would be consistent with the concerns repeatedly expressed by competition authorities in relation to corporate behaviors that have contributed to a higher degree of market transparency.



## PALABRAS CLAVE

Transparencia, acceso a información pública, incertidumbre, medicamentos, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

## KEYWORDS

Transparency, access to public information, uncertainty, pharmaceutical products, Spanish Commission of the Markets and Competition.

## I. Introducción

De un tiempo a esta parte, la transparencia, como mecanismo de control de los poderes públicos, está adquiriendo una relevancia notable. Desde la entrada en vigor, en diciembre de 2014, de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno<sup>1</sup> (“Ley 19/2013”), cualquier persona tiene derecho –sin necesidad de motivar su solicitud– a acceder a la información pública, entendiéndose por ésta “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”. Hablamos de la administración pública en sentido amplio, a cualquier nivel (nacional, autonómico y local), incluyendo agencias públicas y organismos autónomos, entidades y corporaciones de derecho público, así como instituciones estatales y autonómicas. Hablamos también de cualquier ámbito de actividad.

Aquella norma creó el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (“CTBG”), cuya finalidad es la de “promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno”. En concreto, el CTBG es competente para atender las reclamaciones frente a las resoluciones expresas o tácitas de la administración en materia de acceso. Este Consejo publica en su página web y de manera periódica sus resoluciones ([www.consejodetransparencia.es](http://www.consejodetransparencia.es)), que se cuentan por decenas al mes; y que responden a reclamaciones de muy diversa naturaleza.

El derecho de acceso regulado en la Ley 19/2013 no es absoluto por cuanto su artículo 14 incluye determinados supuestos que lo limitan. Entre ellos, y a los efectos que nos interesan (el sector farmacéutico), se encuentra la protección de intereses económicos y comerciales (no definidos, de manera concreta, por la norma), y de la propiedad intelectual e industrial.

---

<sup>1</sup> Boletín Oficial del Estado número 295, de 10/12/2013.



El propio artículo 14 ya indica que la aplicación de los límites “*será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso*”, previsión ésta que pone de manifiesto que el principio de partida es el derecho al acceso y, solo excepcionalmente, siempre y cuando se pongan de manifiesto circunstancias concretas justificadas, podrán contemplarse límites a dicho derecho; límites que además serán aplicados de manera proporcional a los intereses concretos que se pretendan proteger<sup>2</sup>. Por tanto, los límites del artículo serán interpretados, como tales excepciones, de manera restrictiva. El análisis de las resoluciones del CTBG confirma esta aproximación hacia un reconocimiento lo más amplio posible del principio de transparencia y una aplicación muy restrictiva de las excepciones.

A nivel de la Unión Europea, esta materia está regulada desde el año 2001 mediante el Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión<sup>3</sup>. Esta norma ha sido objeto de numerosísimos pronunciamientos de los tribunales de la Unión Europea, que han confirmado que el Reglamento tiene por objeto “*garantizar al público el derecho de acceso más amplio posible a los documentos de las instituciones*” y que las excepciones, dado que “*invalidan el principio del mayor acceso posible del público a los documentos, deben interpretarse y aplicarse en sentido estricto*” (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 2013, en el asunto C-280/11P<sup>4</sup>). Esta abundante jurisprudencia podría, sin duda, servir de inspiración en nuestro país.

El principio de transparencia, y los derechos que de éste derivan, debe acogerse positivamente por cuanto suponen el reconocimiento de un poderoso y eficaz mecanismo de control de la arbitrariedad o dejadez de los poderes públicos, directamente relacionado con el concepto de democracia. Ahora bien, debe reconocerse que la posibilidad de excepción que la propia Ley 19/2013 reconoce no puede llevarse al extremo de que, en la práctica, suponga vaciar de contenido aquella posibilidad. En el caso particular de información relativa a medicamentos, creemos que se dan circunstancias para concluir que los intereses cuya protección se pretende proteger al no divulgar la información solicitada –a primera vista privados- coinciden con el interés público al que la misma sirve, como se expondrá más adelante.

En este artículo, pretendemos (i) exponer de manera crítica algunos pronunciamientos recientes del CTBG; (ii) analizar el enfoque manifestado por las autoridades de competencia en relación con conductas que resultan en una mayor transparencia en los mercados; (iii) entender cuál sería el concreto impacto de una mayor (y forzada) transparencia en un mercado tan *sui generis* como el

---

<sup>2</sup> La Exposición de Motivos se manifiesta en los siguientes términos: “[...] *los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad*”.

<sup>3</sup> Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) L145, 31.5.2001, página 43.

<sup>4</sup> ECLI:EU:C:2013:671.



farmacéutico; y (iv) plantear unas breves reflexiones a modo de conclusión<sup>5</sup>.

## II. Precedentes del CTBG

Nos referimos en esta sección a algunas Resoluciones del CTBG sobre peticiones de acceso a documentación relativa bien a la financiación de ciertos medicamentos o a sus condiciones de adquisición por la administración<sup>6</sup>.

Una primera Resolución, recaída en el expediente R/0254/2015, versaba sobre el expediente completo de aprobación de un determinado medicamento, petición que el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad rechazó en base a que dicho expediente contenía un informe técnico basado en *“los datos económicos proporcionados por el titular de la autorización de comercialización del nuevo medicamento sometido a estudio, así como de sus alternativas terapéuticas.”* Según la administración requerida, dicha información estaba protegida por la Ley 19/2013 y, en concreto, alguno de los intereses enumerados en su artículo 14.

El CTBG, aun criticando la respuesta del Ministerio, que negaba el acceso a la totalidad del expediente, entendió razonable que no se diera acceso a información relativa *“al procedimiento de fijación de precios y se entiende que esta información verse sobre los aspectos técnicos, económicos y financieros que los laboratorios farmacéuticos ponen en conocimiento de la Administración. (...) afecta también a todo aquello que permita conocer la imputación para determinar los gastos afectados a la actividad farmacéutica en España.”* El CTBG (solo) explica que esta información es considerada confidencial por el Real Decreto Legislativo 1/2015, pero del criterio de razonabilidad referido en esa Resolución parece deducirse que ésta prioriza un juicio exhaustivo de ponderación entre la petición de acceso y la naturaleza comercial de la información solicitada. Así, el CTBG insta al Ministerio a proporcionar la información del expediente *“eliminando aquella información que, a juicio ponderado y riguroso del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, verse sobre la materia declarada confidencial.”*

La Resolución recaída en el expediente R/0239/2018 viene a reconocer una solución similar, dejando fuera del derecho de acceso del solicitante a las actas de las reuniones de la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos desde 2007 a 2017 *“aquellas materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, a criterio ponderado y leal de la Administración.”* El CTBG

---

<sup>5</sup> En los siguientes artículos publicados en números previos de Cuadernos de Derecho Farmacéutico se expone de manera magistral el debate que planteamos, si bien en términos más amplios que los aquí cubiertos: *“La transparencia en la fijación de los precios de los medicamentos y en los contratos de suministro hospitalario”*, por Alberto Dorrego de Carlos (CDF nº 66, página 33) y *“La transparencia de los precios de los medicamentos”*, por Jordi Faus Santasusana, Mercè Maresma Casella y Laura Marquès Mas (CDF nº 68, página 18).

<sup>6</sup> Si bien algunas de estas Resoluciones han sido recurridas ante los tribunales y anuladas en esta sede, las razones de dichas anulaciones derivan de errores procedimentales y no de cuestiones de fondo.



indica, no obstante, que solo esas materias merecen la protección de confidencialidad dado que, se deduce, así se indica expresamente en normativa aplicable. La referencia expresa de la Resolución al concepto de secretos comerciales<sup>7</sup> hace pensar que los mismos están excluidos del acceso.

Resoluciones más recientes del CTBG siguen una línea de razonamiento distinto, consagrando el derecho de acceso de forma amplísima, combinándolo con una interpretación muy restrictiva de las excepciones legales. Nos referimos a casos sobre peticiones de acceso de información extremadamente sensible sobre medicamentos, como son el coste por día y habitante de cierto medicamento y, en su defecto, del código ATC correspondiente<sup>8</sup>; la totalidad de productos adquiridos, en volumen y valor, durante 2015 y 2016, por un hospital de Castilla La Mancha<sup>9</sup>; los Precios de Venta de Laboratorio autorizados (o precio industrial de financiación) de los medicamentos aprobados en 2017 en la Comisión Interministerial de Fijación de Precios de los Medicamentos<sup>10</sup> o la misma información para un medicamento concreto<sup>11</sup>; o el desglose detallado del gasto farmacéutico hospitalario en 2018, incluyendo la información del principio activo, marca comercial, número de unidades, precio de adquisición y laboratorio que comercializa<sup>12</sup>.

Dejando a un lado las consideraciones relativas a cuestiones procedimentales (como la relativa a los plazos) o formales (como el concepto de reelaboración), nos interesa especialmente cómo se enfoca la posibilidad real de oposición a una petición de acceso por la presencia de intereses superiores dignos de protección y el análisis que realiza el organismo, o falta del mismo, a la luz del artículo 14 de la Ley 19/2013.

Percibimos en las Resoluciones citadas una escasa motivación respecto a la inaplicación del

---

<sup>7</sup> Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DOUE L157, de 15 de junio de 2016, pág. 1). También se remite la Resolución a la definición de secreto comercial en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C325, de 22 de diciembre de 2005, pág. 7).

<sup>8</sup> Expediente R/0231/2017: (i) La evolución del número de envases, DHD (dosis habitante día) y CTD (coste tratamiento día) en envases y evolución del importe, DHD (dosis habitante día) y CTD (coste tratamiento día) en importe del medicamento Truvada por año desde el año 2000 hasta hoy. (ii) Si no fuera posible extraer esta información del medicamento Truvada, les solicitaría que me aportaran la misma información del principio activo código J05AF30.

<sup>9</sup> Expediente R/0475/2017: listado con la totalidad de productos farmacéuticos adquiridos, durante los años 2015 y 2016, con cargo a presupuestos públicos y mediante procedimientos de contratación pública y otras formas de contratación, por el Hospital General Universitario de Ciudad Real, con indicación del número de unidades adquiridas por referencia/medicamento, así como el importe unitario abonado con cargo a los presupuestos públicos.

<sup>10</sup> Expediente R/0257/2018.

<sup>11</sup> Expediente R/0266/2018 (Sovaldi 400mg).

<sup>12</sup> Expediente R/0262/2019: (i) El desglose de los medicamentos que componen el gasto farmacéutico hospitalario correspondiente al año 2018, incluyendo la información del principio activo, marca comercial, número de unidades, precio de adquisición y laboratorio que comercializa, por cada una de las Comunidades Autónomas y resto de Administraciones públicas en un formato editable (excel o scv). (ii) Según declaraciones de la Directora General de Farmacia, Patricia Lacruz, el 25,4% del gasto farmacéutico hospitalario corresponde a medicamentos oncológicos, por lo que solicito conocer la información completa relativa a este gasto con el desglose anteriormente indicado.



artículo 14, lo que podría conducir en la práctica a vaciarlo de contenido. Muy particularmente, en su Resolución recaída en el expediente R/0262/2019<sup>13</sup>, el CTBG desestima las alegaciones de la administración requerida, indicando simplemente –dicho sea, con todo el respeto- que ésta no ha explicado por qué resulta de aplicación el límite invocado y que la información “*en atención a su naturaleza*”<sup>14</sup> no perjudica intereses de personas físicas o jurídicas, pero tampoco lo motiva a su vez.

Nada podría objetarse si no fuera porque, en primer lugar, la información solicitada afecta de lleno a –o directamente es- lo que puede considerarse lo más estratégico y secreto de las empresas afectadas (precios y política comercial en general, inversiones, costes); en segundo lugar, porque tales empresas no siempre han sido llamadas al expediente y, por tanto, no han tenido la posibilidad de defender sus intereses; y, finalmente, porque las conclusiones del CTBG se basan, en casi todos los casos, únicamente en la insuficiencia de las alegaciones de la administración requerida, que precisamente no es la titular de los intereses cuya protección se invoca a través del artículo 14 de la Ley 19/2013.

Cierto es que, en muchos de los casos citados, las alegaciones de la administración requerida para negar el acceso eran, cuando menos, mejorables; no obstante, en los casos citados, tampoco el CTBG parece haber sentido la necesidad ni la tentación de ir más allá en el análisis y considerar de manera efectiva todos los intereses (públicos y privados) en conflicto, que creemos es lo que exige el artículo 14.2 de la Ley 19/2013. En este sentido, si bien debe exigirse que la administración requerida que invoque un límite al acceso debe justificarlo de manera concreta a satisfacción del CTBG o de los tribunales, nada en la Ley 19/2013 obliga al CTBG a limitarse a lo invocado por la administración requerida o los interesados eventualmente llamados al expediente<sup>15</sup>.

En tal sentido, y centrándonos ya en el objeto de este artículo, las Resoluciones citadas no han tenido en cuenta las consecuencias que pueden derivarse del conocimiento generalizado (por los ciudadanos, pero también por otras administraciones y por el resto de operadores del mercado) de información en materia de precios, costes, inversiones, etc. relativas a determinados productos y a concretas empresas. Nos referimos aquí al impacto de ese conocimiento en el proceso mismo de formación de los precios de tales productos y, por tanto, en el proceso competitivo, impacto que no puede desconocerse por cuanto las autoridades de competencia han manifestado en no

---

<sup>13</sup> Ver nota al pie anterior. La administración requerida se había negado a proporcionar el detalle solicitado por perjudicar la garantía de confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión (artículo 14.1.k de la Ley 19/2013).

<sup>14</sup> Recordemos que se trata de gasto farmacéutico hospitalario correspondiente al año 2018, incluyendo la información del principio activo, marca comercial, número de unidades, precio de adquisición y laboratorio que comercializa.

<sup>15</sup> De hecho, en un caso, que nos conste (expediente R/0239/2018), el CTBG entiende necesario referirse a las posibles implicaciones en materia de protección de datos personales, “*aunque no hayan sido alegadas expresamente por la Administración*”, para indicar que las mismas no se predicen de las personas que aparezcan en las actas “*por razón de su cargo, en un órgano directivo de una entidad sujeta a la LTAIBG*” pero sí de personas físicas “*que no sean funcionarios públicos con capacidad de decisión*”.



pocas ocasiones su preocupación sobre un alto grado de transparencia en los mercados.

A este respecto, el artículo 14 de la Ley 19/2013 habla de la posibilidad de limitar el acceso (“*podrá ser limitado*”) cuando acceder a la información suponga un perjuicio para determinados intereses, pero en absoluto impide al CTBG o a la administración requerida realizar un análisis de conjunto, considerando, incluso motu proprio, todos los intereses en liza, entre ellos la protección de la competencia; máxime cuando el artículo 14 se refiere expresamente a la protección de intereses económicos y comerciales (sin identificar los sujetos de tales intereses, lo cual incluye por tanto también al Estado mismo) y la protección de la política económica. Por esa razón, tampoco lo que proponemos sería contrario a la interpretación restrictiva de las excepciones según han indicado los tribunales<sup>16</sup> en la medida en que, según los casos, dichos intereses efectivamente concurren y deban protegerse<sup>17</sup>.

En coherencia con ello y a la vista de lo que se expondrá, creemos que es imperativo que el aspecto que analizamos sea incorporado al análisis ponderado de intereses en juego en la aplicación de la Ley 19/2013. Ello no ha de suponer en absoluto excluir un sector completo del ámbito de aplicación de dicha Ley; se trata de tomar en consideración, en una medida proporcionada, esto es a la luz de la naturaleza de la información solicitada y las circunstancias concretas del mercado de que se trate, el impacto (tanto negativo como, en su caso, positivo) de una mayor transparencia<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2017, en el recurso 75/2017 (ECLI: ES:TS:2017:3530): “(...) hemos señalado que las limitaciones contempladas en el artículo 14 de la Ley 19/2013 (...) deben ser interpretadas de forma estricta y partiendo de la premisa de que el derecho de acceso a la información aparece configurado en nuestro ordenamiento con una formulación amplia, de manera que sólo son aceptables las limitaciones que resulten justificadas y proporcionadas.”

<sup>17</sup> Precisamente, en la sentencia citada en la nota al pie anterior, en un mercado distinto al farmacéutico, el Tribunal Supremo alcanzó dicha conclusión en sentido contrario al entender que no concurría el interés en cuestión: “No se cuestiona aquí que la Corporación RTVE sea un operador que concurre en un mercado competitivo como es el audiovisual; pero, aceptando ese dato, no ha quedado justificado que facilitar información sobre los gastos efectuados para participar en el festival de Eurovisión 2015 pueda acarrear un perjuicio para los intereses económicos y comerciales, teniendo en cuenta que no se pide información sensible sobre el funcionamiento interno de la Corporación, ni sobre su sistema de producción de programas o estructura de costes; y la solicitud ni siquiera se refiere a un programa de producción propia. En definitiva, no se alcanza a comprender, ni se ha intentado justificar por la recurrente, en qué forma la facilitación de esa información puede perjudicar los intereses comerciales de RTVE o favorecer a sus competidores en el mercado audiovisual.”

<sup>18</sup> No obstante, lo que indicamos, cabría plantearse la oportunidad de contemplar presunciones generales de confidencialidad respecto a información de determinada naturaleza, de manera similar a como se ha hecho a nivel de la Unión Europea (véase, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2015, en el asunto C-612/13P, ECLI:EU:C:2015:486). Sobre el debate de la aplicación de una posible presunción general de confidencialidad en el ámbito farmacéutico, véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Gerard Hogan, de 11 de septiembre de 2011, en los asuntos C-175/18P (ECLI:EU:C:2019:709) y C-178/18P (ECLI:EU:C:2019:710). Los recursos se encuentran aún en fase de resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.



### III. Posicionamiento de las autoridades de competencia respecto a la transparencia en el mercado

Son numerosos los casos en los que, tanto a nivel de la Unión Europea como nacional, se han sancionado intercambios de información estratégica entre empresas competidoras porque incrementaban el grado de transparencia del mercado y, con ello, debilitaban o suprimían el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado.

Ya en una decisión de 1992 (asunto *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*<sup>19</sup>), la Comisión Europea se manifestaba en los siguientes términos: *“En ausencia del Acuerdo, las empresas tendrían que competir en el mercado con cierto grado de incertidumbre en lo que se refiere al lugar, medida y medios precisos de las posibles ofensivas de sus rivales. Esta incertidumbre constituye un riesgo normal de una situación de competencia que, a su vez, fomenta una mayor competencia ya que las reacciones y las reducciones de precios no pueden limitarse al nivel estrictamente necesario para defender la posición adquirida. La incertidumbre llevaría a las empresas a competir con más intensidad que si conocieran exactamente la magnitud de la reacción necesaria para hacer frente a la competencia. Tendrían que ir más allá de una reacción mínima, por ejemplo, ofreciendo descuentos más favorables para facilitar la circulación de sus existencias u ofreciendo descuentos en un mayor número de productos o zonas. El Acuerdo disminuye la incertidumbre al revelar las acciones y reacciones de todos sus miembros (...). De esta forma, el Acuerdo lleva necesariamente a impedir una competencia invisible.”* La información intercambiada en este asunto versaba sobre el volumen de ventas al por menor y las cuotas de mercado de ocho fabricantes e importadores de tractores agrícolas del mercado del Reino Unido.

Años más tarde, en 2011, la Comisión Europea actualizó sus Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal<sup>20</sup> e incluyó un capítulo dedicado a los intercambios de información. Esta valoración, que constituye actualmente la normativa de referencia (a pesar de que, como directrices, no tienen carácter vinculante), confirma el enfoque de 1992 (apartado 61): *“(...) el intercambio de información puede constituir una práctica concertada si reduce la incertidumbre estratégica en el mercado facilitando con ello la colusión, es decir, si los datos intercambiados son estratégicos. Así pues, el intercambio de datos estratégicos entre los competidores equivale a una concertación, porque reduce la independencia de la conducta de los competidores en el mercado y disminuye sus incentivos para competir.”*

Las Directrices definen qué debe entenderse por información estratégica (apartado 86): *“precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones o rebajas), listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas de I+D y los resultados de estos. Generalmente, la información relativa*

---

<sup>19</sup> Decisión 92/157/CEE de la Comisión, de 17 de febrero de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.370 y 31.446 - UK Agricultural Tractor Registration Exchange) (DOUE L68, de 13 de marzo de 1992, pág. 19), confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

<sup>20</sup> DOUE C11 de 14 de enero de 2011, pág. 1.



*a precios y cantidades es la más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda.*” Pero añaden que los intercambios de información estratégica agregada tienen muchas menos probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia porque dificultan suficientemente la posibilidad de identificar la evolución de cada empresa (apartado 89), si bien puede no ser esa la valoración en el caso de oligopolios restringidos, es decir cuando la oferta se encuentra seriamente reducida.

También es relevante si la información es o no actual o reciente: a menor antigüedad de la información, mayor posibilidad de intuir el comportamiento futuro de las empresas a las que se refiere.

Este enfoque teórico es el que también ha aplicado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”) -y las autoridades de competencia que la precedieron- en no pocos asuntos; cabe citar, por ejemplo, las resoluciones recaídas en los expedientes Estadísticas Cerveceros<sup>21</sup>, STANPA<sup>22</sup>, Peluquería Profesional<sup>23</sup>, Fabricantes de Automóviles<sup>24</sup> y, más recientemente, Tabacos<sup>25</sup>. En todos esos casos (salvo el primero<sup>26</sup>), la CNMC impuso severas sanciones.

Las Directrices también reconocen, no obstante, que los intercambios de información pueden generar eficiencias, ya sea para las empresas porque pueden organizarse mejor al conocer la evolución del mercado en su conjunto, ya sea para los consumidores, que reducen sus costes de búsqueda (apartado 57). Pero esas eficiencias solo pueden generarse, en principio, cuando la información no permite a las empresas deducir la evolución o las intenciones de concretos competidores (por tanto, la información es agregada, o no estratégica, o histórica). Esto confirma que la valoración de los intercambios de información, en términos de impacto en el mercado, depende de las circunstancias en que se producen –salvo que sean meros instrumentos para monitorizar un cártel, en cuyo caso constituirán siempre una infracción-.

Y, siempre en función de las circunstancias de cada caso, existe consenso sobre lo expuesto hasta aquí: los intercambios de información estratégica pueden producir efectos restrictivos de la

---

<sup>21</sup> Resolución de 31 de marzo de 2004, expediente A/329/02 (intercambio de información de producción y venta, desglosada por zonas geográficas, tipos de cerveza y canal de distribución).

<sup>22</sup> Resolución de 7 de febrero de 2011, expediente S/0155/09 (intercambio de tarifas y ventas en diversos comités de trabajo).

<sup>23</sup> Resolución de 2 de marzo de 2011, expediente S/0086/08 (intercambio de información de ventas y previsiones de incrementos de precio).

<sup>24</sup> Resolución de 23 de julio de 2015, expediente S/0482/13 (intercambio de información sobre estrategias de distribución comercial, resultados de las marcas, remuneración y márgenes comerciales de las redes de concesionarios, servicios y actividades de posventa, actividades de marketing, campañas al cliente final, programas de fidelización).

<sup>25</sup> Resolución de 10 de abril de 2019, expediente S/DC/0607/17 (intercambio de información diaria sobre ventas a los estancos de todas las marcas de todos los fabricantes a los que distribuye Logista, desglosadas por provincias).

<sup>26</sup> La Resolución en el expediente Estadísticas Cerveceros se produjo en un momento en que, en nuestro país, los acuerdos restrictivos de la competencia debían ser autorizados por la autoridad de competencia; dicha autorización fue denegada por las características del acuerdo notificado. Actualmente, el sistema de notificación ha sido sustituido por un sistema de autoevaluación.



competencia porque pueden reducir los incentivos de las empresas para competir.

Cierto es que los casos sancionados lo han sido porque la mayor transparencia derivaba de acuerdos de intercambio de información entre empresas competidoras, siendo así que la existencia de un “acuerdo” es uno de los elementos clave del tipo sancionador en la Ley de Defensa de la Competencia y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>27</sup>. Ahora bien, no es menos cierto que la concreta preocupación de las autoridades de competencia radica en el conocimiento de información estratégica por parte de los competidores, del que deriva necesariamente su uso en la determinación de su propia estrategia de negocio y, de ahí, la reducción de la intensidad de la competencia.

La existencia de un acuerdo reviste relevancia únicamente a efectos de determinar la competencia de la CNMC para apreciar la existencia de un ilícito antitrust y sancionarlo. Pero provenga la información de otra empresa o de la propia administración, el bien jurídico protegido sigue siendo el mismo: el mantenimiento de un grado aceptable de incertidumbre en el mercado como mecanismo de protección del proceso competitivo.

#### **IV. Reflexiones específicas en cuanto al sector farmacéutico**

Ya hemos dicho que la transparencia debe valorarse en función de las características del mercado de que se trate, esto es las condiciones de competencia que existan en tal mercado. En este respecto, también lo hemos dicho, el sector farmacéutico no es un mercado típico.

De entrada, los mercados de referencia se definen a partir de las aplicaciones terapéuticas de los productos, en ocasiones incluso atendiendo a la presentación o método de aplicación de los productos, y al canal de distribución (hospitales, farmacias). Por tanto, los mercados frecuentemente son de reducidas dimensiones, no por volumen o valor necesariamente, sino por número de operadores. Además, la relevancia de los derechos de propiedad industrial (en especial, las patentes) hace que, en muchas ocasiones, existan situaciones de monopolio u oligopolio. Las barreras de entrada, por ejemplo, por la relevancia del I+D y los altos costes hundidos, son significativas, cuando además la competencia viene determinada más por las inversiones en I+D que, por los precios, porque éstos vienen en gran parte limitados por la administración. En efecto, al menos en España, gran parte de los operadores comparten la seguridad social como cliente relevante, de lo que resulta además que la compra mediante procedimientos de licitación pública son más que habituales. A ello debe unirse que el sector está altamente regulado y ya existe un relevante grado de transparencia; pero los sistemas públicos de salud siguen siendo competencia

---

<sup>27</sup> En ausencia de “acuerdo” en el sentido de concurso de voluntades, no cabe aplicar el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia o 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de enero de 2004, en los asuntos acumulados C-2/01P y C-3/01P, ECLI:EU:C:2004:2).



exclusiva de los Estados miembros soberanos, co-existiendo en la Unión Europea diferentes sistemas de financiación.

En estas circunstancias, cuando se trata de transparentar información en materia de coste unitario de adquisición de determinados productos, o de costes incurridos por los laboratorios en I+D (relevantes en las negociaciones para la financiación de los medicamentos), es decir datos que afectan a factores claves para la competencia como los precios, condiciones económicas particulares y costes, no puede negarse que se está alterando la competencia en el mercado o, cuando menos, existe un riesgo más que teórico de que se altere. El conocimiento por los competidores de esa información, que se solicita en gran parte de las ocasiones con un desglose y detalle extremo, supondría, de acuerdo con los precedentes que hemos mencionado, una reducción drástica de la incertidumbre que podría llevar a alineamientos poco deseados.

Por otro lado, debe considerarse el impacto que podría tener la publicidad de las condiciones comerciales concedidas por un laboratorio a un cliente (sistema público) en particular. Es precisamente la confidencialidad de los precios acordados, concretamente las condiciones económicas particulares, en virtud de la negociación mantenida con ese cliente, lo que permite la concesión de las mismas mientras el laboratorio pueda de forma rentable discriminar precios entre clientes. De lo contrario (es decir, de conocer todos los clientes las condiciones aplicadas a cada uno de ellos), es probable que el proveedor prefiera no conceder condiciones particulares a un cliente ante el riesgo de tener que generalizarlas entre todos ellos (y generalizar también la menor rentabilidad). Lejos de suponer una reducción de los precios para todos los clientes, posiblemente la transparencia implicaría en este caso un incremento de los mismos<sup>28</sup>.

A la vista de lo que hemos expuesto, sería deseable –incluso imperativo, como ya hemos indicado– que las anteriores consideraciones fueran tenidas en cuenta a la hora de decidir qué cierta información deba hacerse pública. De lo contrario, no se estaría realizando un auténtico análisis ponderado de todos los intereses en juego, como entendemos que ordena el artículo 14.2 de la Ley 19/2003.

---

<sup>28</sup> Esta línea de razonamiento ha sido recientemente reflejada por el Consiglio di Stato italiano (equivalente al Tribunal Supremo español), en su sentencia de 17 de marzo de 2017, en el asunto 10086/2016, Agenzia Italiana del Farmaco – AIFA, Abbvie y Gilead Sciences. En esta sentencia se indica que las consideraciones relativas al impacto en el nivel de descuento entroncan con el interés público de mantener controlado el gasto público.



## V. Conclusiones

La transparencia es, sin duda, una herramienta incuestionable para controlar el ejercicio del poder público. Es necesaria –posiblemente imprescindible- en sistemas democráticos, como el nuestro. La tendencia actual tanto en España como a nivel de la Unión Europea se dirige a ampliar la publicidad proactiva, por parte de la administración, de su actividad, gastos y planificaciones; y el derecho de acceso por los ciudadanos o grupos de interés, que no necesitan siquiera invocar un interés legítimo o motivar su petición.

Nuestra Ley de Transparencia de 2013 ha marcado un hito en este ámbito y las peticiones de acceso –de muy diversa naturaleza- se multiplican cada mes en la página web del Consejo de Transparencia. También ha habido peticiones relativas al detalle del gasto público farmacéutico, cosa que no es de extrañar por la relevancia que tiene en el conjunto del sector público español.

En las Resoluciones del Consejo en ese ámbito se percibe un análisis algo limitado del conjunto de intereses públicos y privados en liza, a la luz del tipo de información y el detalle que se solicita, así como las características del mercado farmacéutico.

No se pretende sostener, en modo alguno, que dicho sector deba quedar al margen de la Ley de Transparencia; sino que parece conveniente adoptar un enfoque holístico, para encontrar un equilibrio entre el derecho de los ciudadanos a conocer el gasto público, los intereses comerciales de las empresas afectadas (expresamente reconocidos en la Ley) y el impacto de todo ello en las condiciones de competencia en el mercado. Es un equilibrio complejo, pero, sin duda, necesario para evitar males mayores<sup>29</sup>.

Publicado en: Cuadernos de Derecho Farmacéutico, nº 70/2019 (julio-septiembre).

---

<sup>29</sup>En el momento de entrar el presente artículo a imprenta, hemos tenido conocimiento de una Resolución del CTBG que habría desestimado una petición de acceso a información sobre precios de un medicamento en base a consideraciones similares a las expuestas en el presente artículo. Acogemos favorablemente lo que parece ser un cambio de tendencia, que esperamos se consolide en futuras Resoluciones del CTBG así como en las revisiones jurisdiccionales de las mismas.