



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. RAJ/016/19 RECLAMACIÓN DE REVOCACIÓN DE RESOLUCIÓN VS/0649/08 PRODUCTOS FARMACEUTICOS GENERICOS.

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 20 de junio de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el expediente RAJ/016/19 RECLAMACIÓN DE REVOCACIÓN DE RESOLUCIÓN NULA VS/0649/08 PRODUCTOS FARMACÉUTICOS GENÉRICOS, por la que se resuelve, al amparo del artículo 111 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la reclamación de CEOFA, APROFARMA y APROFASE de revocación de la resolución de la CNC de 24 de diciembre de 2009, dictada en el expediente 649/08 Productos Farmacéuticos Genéricos.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 24 de diciembre de 2009, el Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dictó resolución en el expediente 649/08 Productos Farmacéuticos Genéricos, en el que sancionó a la Confederación de Oficinas de Farmacia de Andalucía (CEOFA), de la Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacia de la Provincia de Málaga (APROFARMA), y de la Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacia de la Provincia de Sevilla (APROFASE), junto a la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), por una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de

Defensa de la Competencia, consistente en una recomendación colectiva tendente a homogeneizar el comportamiento de las Oficinas de Farmacia frente a los Laboratorios Davur, en el mercado de los medicamentos genéricos sometidos a prescripción médica y al sistema de precios de referencia.

2. Con fecha 6 de febrero de 2014, APROFARMA, APROFASE y COEOFARMA interpusieron recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la CNC de 24 de diciembre de 2009, siendo resuelto mediante sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2011, que estima parcialmente el recurso declarando ser conforme a Derecho dicha resolución, pero reduciendo el importe de la sanción en un 50% para cada uno de los sancionados.
3. Contra la citada sentencia, FEFE, CEOFA, APROFASE y APROFARMA interpusieron recurso de Casación.

Mediante auto de 3 de noviembre de 2011, el Tribunal Supremo acordó inadmitir el recurso de casación interpuesto por CEOFA, APROFASE y APROFARMA por razón de la cuantía, y admitir el recurso de FEFE remitiendo las actuaciones a la Sección Tercera.

4. Con fecha 24 de octubre de 2014 el Tribunal Supremo dictó sentencia, en la que acuerda estimar el recurso de casación interpuesto por FEFE, casar la sentencia de la Audiencia Nacional y dejar sin efecto la sanción impuesta por la CNC a la Federación recurrente.
5. Con fecha 4 de marzo de 2019, sobre la base de la referida sentencia del Tribunal Supremo tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de CEOFA, APROFARMA y APROFASE en el que solicitan al amparo de los artículos 109 y 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (Ley 39/2015) que se declare nula, anule o revoque la resolución de la CNC de 24 de diciembre de 2009.

Asimismo, solicitan la suspensión de la referida resolución de la CNC, al estimar que concurren los requisitos del artículo 117 de la Ley 39/2015.

6. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y fallo el asunto en su reunión de 20 de junio de 2019.
7. Son interesados en este expediente:
 - La Confederación de Oficinas de Farmacia de Andalucía (CEOFA),
 - La Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacia de la Provincia de Málaga (APROFARMA),
 - La Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacia de la Provincia de Sevilla (APROFASE).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones de la recurrente.

Se promueve la revocación de la resolución de 24 de diciembre de 2009, dictada por el Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia, al amparo del artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Las recurrentes alegan asimismo como norma de cobertura el artículo 106.1 de la Ley 39/2015, para el supuesto que la CNMC entendiese que el artículo 109 no fuera de aplicación.

El artículo 109 de la Ley 39/2015 regula la revocación de actos administrativos, disponiendo que: *“las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”*.

Por su parte, el artículo 106. 1 de la Ley 39/2015, señala que: *“Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.”*

En su recurso, CEOFA, APROFARMA y APROFASE alegan que la resolución de la CNC de 24 de diciembre de 2009 es nula de pleno Derecho, invocando la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014, que anula la resolución de la CNC de 24 de marzo de 2009, en cuanto a la sanción impuesta a FEFE por infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Las recurrentes sostienen que en el presente caso no resulta de aplicación la excepción de cosa juzgada, y que la resolución de la CNC recurrida se encuentra incurso en el motivo de nulidad de pleno derecho previsto por el artículo 47,1 a) de la Ley 39/2015, por vulnerar el artículo 25 y 14 de la Constitución Española.

Por último, las recurrentes instan la suspensión de la resolución de la CNC de 24 de marzo de 2009, al entender que concurren en el presente caso los requisitos del artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

SEGUNDO.- Existencia de sentencia firme en relación al objeto del recurso.

Examinada la solicitud de revocación de la resolución de la CNC de 24 de diciembre de 2009 dictada en el expediente 649/08 Productos Farmacéuticos Genéricos, entiende esta Sala de Competencia, en contra de lo sostenido por las recurrentes, que en el presente caso, no concurren los requisitos establecidos en los artículos 109 y 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para proceder a la anulación de la Resolución de la CNC.

En efecto, tal y como reconocen las recurrentes, la resolución de la CNC de 24 de diciembre de 2009 fue anulada parcialmente por la Audiencia Nacional, en su sentencia de 18 de enero de 2011, (P.O 266/2009) que estimó parcialmente el recurso interpuesto por FEFE, CEOFA, APROFARMA y APROFASE, declarando conforme a derecho la referida resolución de 24 de diciembre de 2009, salvo el apartado segundo relativo al importe de la sanción que se reduce al 50% para cada uno de los sancionados.

La anterior sentencia de la AN fue recurrida en casación por FEFE, CEOFA, APROFARME y FEFE, siendo inadmitido el recurso de casación interpuesto por CEOFA, APROFARMA y APROFASE por auto de 3 de noviembre de 2011, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, por razón de la cuantía, deviniendo por tanto firme la sentencia de la Audiencia Nacional en relación con las referidas empresas.

Con respecto, al recurso de casación interpuesto por FEFE, si bien el mismo fue estimado por sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2014, no resulta plausible extender lo resuelto en la referida sentencia con respecto a FEFE, a las tres partes aquí recurrentes, habida cuenta que la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2011 adquirió firmeza vía judicial.

En este sentido conviene traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo, sobre la vinculación positiva de la cosa juzgada, sintetizada en la sentencia 1994/2017, de 18 de diciembre de 2017, N^o Rec. 4/2017) en la que se argumenta:

“Por su parte la sentencia de 10 de febrero de 2016 (rec. 197/2015), reproduciendo la de 18 de julio de 2012, recursos de casación n^o 985 y 1106/2009 , señala que: « ... esta misma Sala del Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en sus Sentencias de fechas 10 de junio de 2000 (recurso de casación 919/1996 , fundamento jurídico quinto), 29 de junio de 2002 (recurso de casación 1635/1998 , fundamento jurídico segundo), 2 de diciembre de 2003 (recursos de casación 7365/1999, fundamento jurídico segundo y 8074/1999, fundamento jurídico segundo), y 17 de mayo de 2006 (recurso de casación 1530/2003 , fundamento jurídico tercero), que los principios de igualdad jurídica y de legalidad en materia procesal impiden desconocer o reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme, efecto que no sólo se produciría con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en que concurren las identidades de la cosa juzgada, sino también cuando se elude lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan una estrecha dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto de la cosa

juzgada (Sentencias del Tribunal Constitucional 182/1994 , 171/1991 , 207/1989 ó 58/1988). No se trata, decíamos en aquellas sentencias, de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo ganado firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores ni reducir a la nada la propia eficacia de aquélla. La intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial, tal como se consagra en el artículo 24.1 de la Constitución, de suerte que éste es también desconocido cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución judicial firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto. No estamos, por tanto, ante una controversia pasada en autoridad de cosa juzgada sino frente a un conflicto al que la jurisdicción ha dado una respuesta, que no cabe desconocer ahora, de modo que todas las razones y argumentos, ya expresados para solucionarlo, han de ser reproducidos en cuanto guarden relación con los esgrimidos en este recurso de casación»».

De acuerdo con lo anterior, la cosa juzgada material en su vertiente positiva supone que no puede decidirse en un proceso ulterior una cuestión litigiosa de manera distinta o contraria a como ya ha sido resuelto por sentencia firme en un pleito precedente, en consecuencia esta Sala no estima procedente hacer uso de las facultades establecidas en los artículos 109 y 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, debiendo ejecutarse lo dispuesto en la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero 2011.

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Sala entiende que la solicitud de revocación examinada en la presente resolución debe ser desestimada, no procediendo la anulación de la Resolución de la CNC de 24 de diciembre de 2009 dictada en el Expediente 649/08 Productos Farmacéuticos Genéricos.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar la reclamación de revocación formulada por CEOFA, APROFARMA y APROFASE, contra la resolución de 24 de diciembre de 2009, dictada por el Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a Dirección de Competencia y notifíquese a las interesadas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.