



Roj: **STSJ M 9150/2012 - ECLI: ES:TSJM:2012:9150**

Id Cendoj: **28079330082012100492**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **11/07/2012**

Nº de Recurso: **550/2011**

Nº de Resolución: **564/2012**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **INES MARIA HUERTA GARICANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 9150/2012,**
STS 803/2015

Rº 550/11

Registro General 8516/11

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Octava

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009730

NIG: 28.079.33.3-2011/0177986

Procedimiento Ordinario 550/2011 - 01-X

SENTENCIA N° 564

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION OCTAVA

Ilmos. Sres.

Presidente

Dña. Inés Huerta Garicano

Magistrados

D. Miguel Angel Vegas Valiente

Dña. Carmen Rodríguez Rodrigo

D. Francisco Javier González Gragera

En la Villa de Madrid a once de julio de dos mil once

VISTO por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los Autos del recurso contencioso- administrativo nº 550/11, interpuesto -en escrito presentado el día 21 de junio del pasado 2011-, en la representación que legalmente ostenta, por **la Ilma. Sra. ABOGADO DEL ESTADO**, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid de 20 de mayo, por la que se desestima el requerimiento previo formulado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en relación con



la Resolución del expresado Tribunal, de 22 de diciembre de 2010, por la que se acuerda el sobreseimiento y archivo del expediente SANC 02/10, incoado de oficio por supuestas prácticas restrictivas de la competencia del Servicio Regional de Bienestar Social (SRBS) y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid en relación con la Cláusula 2ª del Convenio suscrito el 13 de julio de 2001 (vigente hasta el 31 de diciembre de 2010, fecha en la que fue resuelto), por la que " *el SRBS se compromete a facilitar la adquisición de medicamentos y productos sanitarios que sean prescritos a los usuarios de los centros residenciales dependientes del Citado Organismo Autónomo, a través de las oficinas de farmacia señaladas en los turnos que el COFM se obligue a fijar entre las situadas en las Zonas Básicas de Salud en las que se encuentren ubicados los Centros, y que manifiesten su conformidad para ser incluidas en tales turnos. Todo ello sin perjuicio del respeto a la libertad de los residentes de estos Centros para presentar sus recetas personalmente en cualquier otra oficina de farmacia*".

Ha sido parte demandada la Comunidad de Madrid, representada y defendida por un Letrado de sus Servicios Jurídicos, habiéndose personado, como codemandado, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, representado por la Procuradora Dña. Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la Administración recurrente para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que postuló una sentencia que declare " *la anulabilidad de las Resoluciones de 22 de diciembre de 2010 y 5 de mayo de 2011 del Tribunal de Defensa de la Competencia de Madrid*".

SEGUNDO: La Comunidad de Madrid y la Corporación profesional codemandada, en sendos escritos, contestaron la demanda, instando la desestimación del recurso.

TERCERO: No habiéndose recibido el pleito a prueba y formulados escritos de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO: Para deliberación, votación y fallo del presente recurso se señaló inicialmente la audiencia del día 10 de julio de 2012, teniendo lugar.

QUINTO: En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales, habiendo quedado fijada en indeterminada la cuantía del pleito.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada de la Sección Iltma. Sra. Dña. Inés Huerta Garicano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Como datos acreditados en el expediente y en la documentación aportada, constan los siguientes de interés para resolución de este pleito: **1)** La Directora del Servicio de Defensa de la Competencia de Madrid, como consecuencia de la investigación iniciada el 14 de julio de 2009, acordó - **10 de marzo de 2010** -, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10.2 y 14 de la Ley CAM 6/04, de 28 de diciembre, de creación del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid en relación con el art. 49.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y arts. 25.1.a) y 28 de su Reglamento (Real Decreto 261/08), la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas en el art. 1.1.c) de la LDF, contra el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid y el Servicio Regional de Bienestar Social en relación con la ya citada Cláusula 2ª del Convenio suscrito el 13 de julio de 2001, designándose Instructor; **2)** El **5 de julio del mismo año**, se formuló Pliego de Cargos (oportunamente contestado por lo expedientados) por considerar " *que el sistema de turnos previsto en el Convenio de colaboración entre el organismo autónomo Servicio Regional de bienestar Social y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, para el servicio de distribución de medicamentos y productos sanitarios a los centros residenciales dependientes del SRBS, de 13 de julio de 2001, supondría una infracción del art. 1 de la LDC* " ; **3)** La Directora General del Servicio de Defensa de la Competencia de Madrid, el **18 de octubre del mismo año** elevó a la Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia Propuesta de Resolución del expediente en la que se consideraba acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia, " *prohibida por el art. 1 LDC, consistente en el establecimiento por parte del COF y el SRBS de un sistema de turnos entre las oficinas de farmacia acogidas a éste, que establece un reparto territorial del mercado dentro de cada zona básica de salud, afectando así a la competencia efectiva del mercado* ", proponiendo la intimación " *al COF y al SRBS que suscribieron el Acuerdo de 13 de julio de 2001 en el que se establecía el reseñado sistema de turnos, para que en lo sucesivo se abstengan de realizar actuaciones de esta naturaleza.....*" , a la que formularon alegaciones las entidades afectadas; **4)** **Por Resolución de la Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, de 22 de diciembre del tan**



citado 2010, se acordó el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, cuya fecha de notificación a la CNC no consta; **5)** La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (a través de su Directora de Investigación), en escrito fechado el 28 de marzo de 2011, formuló -al Tribunal de Defensa de la Competencia de la CAM- "**REQUERIMIENTO PREVIO**" a la interposición de recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 22 de diciembre de 2010...", desestimado por Resolución de la Sala de dicho Tribunal de 5 de mayo de 2011, impugnada, junto a la precitada de 22 de diciembre de 2010, en este recurso jurisdiccional.

SEGUNDO: El Tribunal de Defensa de la Competencia de la CAM desestima el requerimiento por los siguientes motivos: a) Falta de competencia de la Dirección de Investigación de la CNC para formular el requerimiento en la medida que es el paso previo para su impugnación en sede jurisdiccional para la que sólo está legitimada la CNC (arts. 12.3 y 34 de la LDC), de aplicación preferente -dada su naturaleza de norma específica- a la Disposición Adicional 5ª de la LDC y art. 5.3 de la Ley 1/02, de 21 de febrero, con base en las cuales sostiene su competencia dicha Dirección; b) No se dan los presupuestos necesarios para iniciar el procedimiento legal para la anulación de la Resolución del Tribunal de 22 de diciembre de 2010 (declaración de lesividad previa) en la medida que dicha Resolución no es un acto que otorgue derechos, sino que se limita al archivo de un expediente sancionador, siendo la propia Administración autora del acto la que ha de impugnarlo, careciendo de competencia la CNC; c) La Resolución está suficientemente motivada y no infringe el art. 1 de la LDC, desconociendo la pretendida identidad con el supuesto analizado por la Resolución de la CNC de 2009 en relación con un Concierto suscrito por el SESCAM; d) La aplicación uniforme del derecho de la competencia no puede entenderse como subordinación de los órganos autonómicos al criterio del órgano estatal, y, en todo caso, si tan grave le parece este tipo de acuerdos, pudo y debió personarse en el procedimiento administrativo cuando se le comunicó, mediante oficio de 19 de enero de 2010, la existencia de información reservada acerca de los hechos aquí enjuiciados, y ese mismo día contestó la CNC aceptando la competencia autonómica en el asunto.

La Abogacía del Estado basa la pretensión impugnatoria en las siguientes consideraciones: 1) Su legitimación activa la fundamenta en el art. 5.3.Tres de la Ley 1/02, de Coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia y sus competencias, al haber desaparecido el Servicio de Defensa de la Competencia tras la reforma de la LDC operada por la Ley 15/07, han sido asumidas -ex Adicional Quinta de la actual LDC- por la Dirección de Investigación; 2) Omisión absoluta de motivación e incongruencia de la misma, con infracción del art. 54 de la Ley 30/92; 3) Infracción del art. 1 de la LDC por errónea interpretación; 4) Necesidad de la interpretación uniforme del derecho de Defensa de la Competencia.

El Letrado de la CAM, en su contestación, sostuvo la legalidad de las Resoluciones recurridas con referencia a los razonamientos esgrimidos en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de la CAM de 5 de mayo de 2011, considerando, además, que desde el momento en que el Convenio del que se derivarían presuntas conductas restrictivas de la competencia, no está ya vigente en la fecha de interposición del recurso jurisdiccional, éste carece de objeto. La Resolución está motivada, y la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de abril de 2009 que apreció conducta colusoria en el Convenio suscrito por el SESCAM no contempla un supuesto idéntico al aquí examinado, pues en el Convenio de 2001, controvertido, se dejaba en libertad a los residentes para acudir a las oficinas de farmacia que estimasen conveniente, siendo la función del SRBS meramente material, de presentación de recetas y recogida de medicamentos, actuando por encargo de los residentes, por lo que su actividad no puede ser considerada económica, faltando el presupuesto exigido por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 2006 y por la de 16 de diciembre de 2010.

Por último, la Corporación codemandada, en su contestación de la demanda entiende que la Resolución está motivada, negando la pretendida infracción del art. 1 de la LDC porque no hay intermediación en el suministro, las zonas básicas de salud sobre las que se basa el sistema de turnos están trazadas con arreglo a criterios objetivos y técnicos, la adhesión al sistema de turnos es voluntaria para las farmacias y la libertad de elección de la farmacia por parte de las residencias y residentes está expresamente reconocida en la Cláusula 2ª del Convenio, sin que el sistema de turnos haya supuesto perjuicio alguno a los usuarios dado que se está ante un mercado no relevante, pues los únicos destinatarios son los ancianos internos en centros residenciales dependientes del SRBS, por lo que dicho sistema no afecta de manera significativa a la competencia, debiendo calificarse, a lo sumo, de "conducta de menor importancia" en el sentido del art. 5 LDC. El medicamento y las Oficinas de farmacia están sujetos a un férrea normativa de funcionamiento y control, con poco margen para libre competencia en el sector, y, el sistema de turnos, lejos de irrogar un perjuicio al usuario, es un ejemplo de colaboración entre las oficinas de farmacia y el Sistema Sanitario público, auspiciado por el art. 84 de la Ley 29/06. En fin y respecto de la alegada necesidad de interpretación uniforme en materia de competencia, solo existen dos Resoluciones en la materia, la del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de julio de 2001 que desestimó la denuncia de un farmacéutico (26 de noviembre de 1997) en relación con el Convenio



de 1991 (antecedente del aquí concernido y similar en este punto) y la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009 en relación con el Convenio suscrito por el SESCOAM con el COF de Castilla-La Mancha el 29 de junio de 2006, por la que se declara la existencia de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1 de la LDC consistente en establecer, entre las oficinas de farmacia que lo deseen, turnos rotatorios para el suministro directo a los centros socio sanitarios públicos y privados de la prestación farmacéutica incluida en el Sistema Nacional de Salud, por lo que, a su juicio, no cabe hablar de necesidad de interpretación uniforme.

TERCERO: En la Ley 1/02, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia -que se dictó como consecuencia de la STC de 11 de noviembre de 1999 - se reconoce que las Comunidades Autónomas, que así lo han previsto en sus Estatutos, tienen competencias ejecutivas en relación con el «comercio interior» y, por ende, con la «defensa de la competencia». No obstante -como refiere su Exposición de Motivos- **" el ejercicio de estas competencias debe armonizarse con la necesidad de proteger la unidad de la economía nacional y la exigencia de un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica - art. 149.1.13ª de la Constitución - todo ello en aras a respetar la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica - arts. 139.1 y 149.1.1ª de la Ley Fundamental - . Por esta razón, considera el Tribunal Constitucional que no sólo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional han de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actos ejecutivos deban realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas. III. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha venido a imponer al Estado el deber de articular los mecanismos de coordinación que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional y, desde luego, establecer los mecanismos de conexión pertinentes, siempre que resulten constitucional y estatutariamente correctos, y los imprescindibles mecanismos de colaboración e información recíproca".**

Su art. 1.3 reconoce que *"Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los arts. 1 , 6 y 7 de la mencionada Ley , cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma" .*

El art. 5.Dos, bajo la rúbrica de "Mecanismos de colaboración" prevé: *"Con el fin de facilitar la aplicación de la presente Ley , se establecen los siguientes mecanismos de información recíproca:*

a) Las Comunidades Autónomas remitirán al Servicio de Defensa de la Competencia copia de todas las denuncias y solicitudes de autorización singular recibidas en aplicación de la presente Ley. Asimismo, notificarán al Servicio de Defensa de la Competencia aquellas conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción.....b) La Comisión Nacional de la Competencia remitirá a los órganos autonómicos una nota sucinta de las actuaciones practicadas de oficio y copia de todas las denuncias, respecto de las que existan indicios racionales de infracción, que se refieran a conductas que afecten a su respectiva Comunidad Autónoma. c) Cuando la conducta contemplada en los apartados a) y b) haya sido detectada de oficio, la notificación consistirá en una descripción de la conducta detectada, con indicación de las partes, del ámbito al que se extiende y de los motivos que justifican la iniciación del expediente. d) El Servicio de Defensa de la Competencia comunicará a los órganos autonómicos correspondientes los expedientes incoados que afecten a su territorio".

Y su apartado Tres: *" Al objeto de procurar la aplicación uniforme de la Ley de Defensa de la Competencia, el Servicio de Defensa de la Competencia podrá comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas. Los órganos autonómicos deberán comunicar al Servicio de Defensa de la Competencia los acuerdos y resoluciones adoptados, tanto en la fase de instrucción como de resolución que pongan fin al procedimiento, con el fin de que éste pueda ejercer, en su caso, el recurso contra dichos acuerdos ante las instancias correspondientes."*

La Disposición Adicional Quinta.3 de la Ley 15/07, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , establece: *"No obstante, las referencias de 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, al Tribunal de Defensa de la Competencia y al Servicio de Defensa de la Competencia se entenderán realizadas al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia y a la Dirección de Investigación, respectivamente. Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Defensa de la Competencia será presidido por el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia " .*



De los preceptos transcritos queda acreditada, pues, la competencia de la Dirección de Investigación para formular el requerimiento de anulación de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de la CAM de 22 de diciembre de 2010 y la legitimación de la CNC para su impugnación en sede jurisdiccional, sin que la notificación de la existencia del expediente sancionador, efectuada en aplicación del art. 5.3 de la referida Ley 1/02, y la no personación de la CNC, como interesada, en dicho expediente (posibilidad admitida legalmente) impida la impugnación jurisdiccional de la resolución -de sobreseimiento y archivo- del expediente sancionador incoado de oficio.

Una vez despejados estos óbices formales, y recordando al Letrado de la CAM la naturaleza revisora de este Orden Jurisdiccional, lo que da lugar a que este Tribunal, con independencia y al margen de que el Convenio no esté ya vigente, haya de pronunciarse sobre la legalidad de una Resolución que archiva un expediente sancionador abierto cuando aquél estaba en plena vigencia, en cuanto al fondo y siguiendo el hilo conductor de las alegaciones impugnatorias de la Abogacía del Estado, la primera a analizar es la denunciada omisión de motivación e incongruencia de la antecitada Resolución.

Sin desconocer que la Resolución recurrida abusa del desgraciado "corta y pega", en este caso de la propia Propuesta de Resolución, es lo cierto que, aunque de forma deslavazada, contiene los datos mínimos necesarios para conocer las razones que han llevado a la decisión de sobreseimiento, no obstante el sentido tanto del Pliego de Cargos como de la Propuesta de Resolución, y esas razones son: a) " existe una previa resolución de archivo de 25 de abril de 2000 dictada por la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, recurrida, con resultado desestimatorio (Resolución nº 434/00, de 18 de julio de 2001 dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia) , Fundamento de Derecho Quinto; b) " No se ha tenido conocimiento de queja o reclamación alguna con el citado sistema de turnos" , Fundamento de Derecho Sexto; c) " Se considera que hay libertad de elección de residente, bien para encargar la labor material de compra de medicamentos al SRBS o para gestionarla aquél directamente...También se considera que, una vez elegida la opción de delegar la citada labor, el SRBS solo acude a las oficinas de farmacia que se encuentran, libre y voluntariamente, dentro del sistema de turnos. El sistema de turnos es respetuoso con la libertad de elección de oficina de farmacia en todo momento, de manera que en el ejercicio de esa misma libertad pueden optar por delegar en el SRBS dicha elección.....el SRBS actuó como regulador de las prestaciones que deben ofrecer las residencias para mayores que dependen de él y una de ellas es facilitarse el acceso a los medicamentos cuando estén imposibilitados para acudir a la oficina de farmacia para conseguirlos....Las zonas básicas de salud sobre las cuales se basa el sistema de turnos han sido trazadas según criterios de proximidad geográfica a la residencia en cuestión. Se trata únicamente de un sistema racional que permite el abastecimiento permanente de las residencias, basándose en criterios objetivos y técnicos. Cada zona básica de salud constituye un mercado en la medida en que las residencias del SRBS solo suelen tener relación con aquellas oficinas de farmacia ubicadas en su misma zona básica de salud", (Fundamentos de Derecho Séptimo, Noveno y Décimo).

No se aprecia, pues, infracción del art. 54 de la Ley 30/92 .

CUARTO: El art. 1 de la LDC dispone: "1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:.... c) **El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.** 3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.....".

La conducta que se investigaba en el expediente sancionador archivado era el sistema de turnos previsto en el Convenio de 2001 para el servicio de distribución de medicamentos y productos sanitarios a los centros residenciales dependientes del SRBS que, en el Pliego de Cargos y en la Propuesta de Resolución, se



consideraba incurría en la práctica restrictiva de la competencia descrita en el apartado c) del transcrito art. 1, constituyendo una infracción calificada de grave por el art. 62.3.a) LDC, y ello porque, en sintonía con la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009, y aún cuando con arreglo a la Orden 766/93, de 10 de junio (arts. 16.2 y 18), la gestión del suministro farmacéutico a los residentes de las Residencias de Ancianos gestionadas directamente por el SRBS, es atribuida a éste, ha de ser realizada sin distorsión de la competencia.

La razón fundamentadora, como acabamos de apuntar, tanto de las precitadas Resoluciones del expediente sancionador -de las que se aparta la Resolución de la Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia de Madrid aquí recurrida- como de la demanda de la Abogacía del Estado es la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de abril de 2009 (confirmada por Sentencia -no firme- de 6 de junio del presente año 2012, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional).

Dicha Resolución entendió que el establecimiento, por los Colegios Farmacéuticos de Castilla-La Mancha, de turnos rotatorios entre las farmacias para el suministro directo a los centros socio sanitarios de Castilla La Mancha (punto 2 del Acuerdo suscrito entre el SESCAM y los Colegios Oficiales Farmacéuticos de dicha Comunidad Autónoma el 29 de junio de 2006) limitan objetivamente la competencia en cuanto implica una segmentación territorial y temporal del mercado de producto afectado prohibido por el transcrito art. 1.c) de la LDC.

La Resolución, con un voto particular, se apartaba expresamente del criterio sostenido por la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de junio de 2001, por la que se archivó una denuncia contra el Acuerdo SRBS-Colegio de Farmacéuticos de Madrid de 1991 (antecedente del que aquí se cuestionaba) al entender que el art. 88.1 de la Ley 25/90, del Medicamento (actualmente art. 84 de la vigente Ley 29/86) daba cobertura legal al Acuerdo y ello por considerar errónea dicha interpretación en la medida que esa facultad de planificación farmacéutica que atribuye a la Administración el art. 103.3 de la Ley 14/86, General de Sanidad y el art. 88 de la derogada Ley del Medicamento (hoy art. 84 de la Ley 29/06) se circunscribe al "establecimiento de criterios de población y distancia necesarios para la apertura de farmacias", como lo demuestra la Ley 16/97, de 25 de abril, reguladora de los servicios de farmacia, en cuyo art. 2.1 se dice: "En desarrollo de lo que establece el art. 103.3 de la vigente Ley 14/86 ..., y el art. 88 de la Ley 25/90 ..., y al objeto de ordenar la asistencia farmacéutica a la población de las comunidades Autónomas, a las que corresponde garantizar dicha asistencia,...".

Luego, excluida la cobertura legal (que, de existir, hubiera implicado -ex art. 2.1 LDC - la no aplicación de la prohibición de los acuerdos del art. 1.2 de la misma Ley), y considerando que el SESCAM, una vez que ha ejercido su potestad pública de optar entre las dos formas de prestación farmacéutica o farmacoterapéutica pública (de la que legalmente es responsable), bien directamente o por medios propios, bien indirectamente, mediante concertación con las farmacias (en ese caso por la prestación indirecta), "se convierte formal y materialmente en cliente de las oficinas de farmacia, plenamente sometido en su actuación como operador económico al Derecho de defensa de la competencia...", entiende que, aunque dicho Acuerdo no tenga por objeto establecer un reparto del mercado de la prestación farmacéutica a los residentes de los Centros socio sanitarios de Castilla La Mancha, es lo cierto que al acordar el establecimiento, por parte de los Colegios de Farmacéuticos, de turnos entre las farmacias para el suministro directo de dichos productos se está produciendo un efecto sobre la competencia, originando mercados cautivos, con los inconvenientes propios de los monopolios: a) el mercado se segmenta territorialmente en "micromercados" delimitados en función del núcleo de población donde está ubicado el centro; b) las farmacias quedan excluidas de la posibilidad de suministrar a los centros que no estén ubicados en el centro de población en la que radiquen; c) si son varias las farmacias las radicadas en el centro de población en el que se ubica el centro no pueden competir entre ellas al serles impuesto por el Colegio un reparto temporal de la prestación farmacéutica.

QUINTO: Partiendo de cuanto acaba de exponerse, habrán de analizarse las razones por las que la Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia se aparta de tal criterio y considera que el Acuerdo no incurre en la prohibición del art. 1.c) LDC a fin de determinar si tienen entidad para sustentar su decisión de sobreseimiento aquí impugnada.

El primer motivo -la Resolución de 18 de julio de 2001 del TDF, al que la Resolución de la CNC, de 14 de abril de 2009 hace referencia para apartarse de su interpretación-, no puede ser acogido porque, en sintonía con la interpretación que se hace en la tan citada Resolución de 14 de abril de 2009, esta Sala y Sección entiende que el Convenio suscrito entre Servicio Regional de Bienestar Social y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid en 2001 no queda amparado en esa facultad de planificación farmacéutica que atribuye a la Administración el art. 103.3 de la Ley 14/86, General de Sanidad y el art. 88 de la derogada Ley del Medicamento (hoy art. 84 de la Ley 29/06) y que queda circunscrita a la planificación general del servicio farmacéutico: "establecimiento de criterios de población y distancia necesarios para la apertura de farmacias", como lo demuestra la Ley 16/97, de 25 de abril, reguladora de los servicios de farmacia, en cuyo art. 2.1 se dice: "En desarrollo de lo que establece el art. 103.3 de la vigente Ley 14/86 ..., y el art. 88 de la Ley 25/90 ..., y al objeto de ordenar la asistencia farmacéutica



a la población de las comunidades Autónomas, a las que corresponde garantizar dicha asistencia,..." , como a nuestro juicio certeramente razona la tan citada Resolución de la CNC.

Tampoco el hecho de que no se haya formulado denuncia o queja (segundo motivo) elimina la eventual existencia de conducta restrictiva de la competencia.

El tercer motivo ha de ser igualmente rechazado pues aunque el Convenio respete la libertad de los usuarios de las residencias para gestionarse directamente la adquisición de medicamentos y aunque, una vez que se delegue la citada labor, la adquisición de los productos se realice en las oficinas de farmacia que libremente se han incorporado al sistema de turnos, tales circunstancias no enervan la aplicación del art. 1.c) de la LDC , pues lo que, a estos efectos, es relevante es que material y objetivamente el sistema de turnos establecido por el Colegio (con independencia y al margen de los criterios objetivos y racionales con arreglo a los cuales se hayan realizado) restringe el mercado al limitar la libre elección de los centros y la libertad de empresa de las farmacias.

No puede olvidarse que para que exista la infracción es suficiente que la conducta sea apta para restringir la competencia y en este caso dicha conducta reúne estos requisitos ya que el establecimiento del sistema de turnos supone una segmentación de un mercado muy estrecho (fuertemente regulado), en el que, por eso mismo, cualquier intento de restringir la libre competencia implica una mayor afectación que en un mercado en el que ésta rige en toda su extensión.

SEXTO: La existencia de estos dos pronunciamientos previos -contradictorios- en esta materia por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Comisión Nacional de la Competencia en relación a dos Convenios -el suscrito por el SESCAM y el aquí concernido- de similares características, en los que se establece un sistema de turnos de farmacias para el suministro de Centros dependientes de los referidos Organismos autonómicos, justifican el presente recurso a fin de unificar criterios en orden a garantizar la unidad de mercado, y no compartiendo esta Sala y Sección, por lo que se acaba de decir, las razones sustentadoras del archivo, considerando que el criterio sostenido por la CNC en su Resolución de 14 de abril de 2009 (confirmado por la reciente Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012 , frente a la que previsiblemente se preparará recurso de casación) es conforme a Derecho, procede, con estimación del recurso, revocar la Resolución de la Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid de 22 de diciembre de 2010, por la que se acordó el sobreseimiento del expediente SANC 02/10.

SEPTIMO: No se efectúa pronunciamiento en materia de costas (art. 139.1 LJCA).

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el recurso contencioso-administrativo nº nº 550/11, interpuesto -en escrito presentado el día 21 de junio del pasado 2011-, en la representación que legalmente ostenta, por **la Ilma. Sra. ABOGADO DEL ESTADO**, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid de 20 de mayo, por la que se desestima el requerimiento previo formulado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en relación con la Resolución del expresado Tribunal, de 22 de diciembre de 2010, por la que se acuerda el sobreseimiento y archivo del expediente SANC 02/10, incoado de oficio por supuestas prácticas restrictivas de la competencia del Servicio Regional de Bienestar Social (SRBS) y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid en relación con la Cláusula 2ª del Convenio suscrito el 13 de julio de 2001 (vigente hasta el 31 de diciembre de 2010, fecha en la que fue resuelto), por la que " *el SRBS se compromete a facilitar la adquisición de medicamentos y productos sanitarios que sean prescritos a los usuarios de los centros residenciales dependientes del Citado Organismo Autónomo, a través de las oficinas de farmacia señaladas en los turnos que el COFM se obligue a fijar entre las situadas en las Zonas Básicas de Salud en las que se encuentren ubicados los Centros, y que manifiesten su conformidad para ser incluidas en tales turnos. Todo ello sin perjuicio del respeto a la libertad de los residentes de estos Centros para presentar sus recetas personalmente en cualquier otra oficina de farmacia*" , **anulamos las precitadas Resoluciones por ser contrarias a Derecho** . Sin costas.

Esta resolución no es firme y frente a ella cabe recurso de casación que se preparará mediante escrito presentado en esta Sección en el plazo de **diez días**, computados desde el siguiente al de su notificación (art. 89 LJCA).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En el mismo día de su fecha, fue publicada la anterior sentencia, de lo que como Secretario de la Sección, doy fe.