

Id Cendoj: 28079230062007100359
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 270 / 2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a doce de junio de dos mil siete.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 270/2004, seguido a instancia de "Farmaindustria Asociación Nacional Empresarial de Industrias Farmacéuticas", representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Cristina Deza García, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Han comparecido, en calidad de codemandados, con asistencia letrada y representados respectivamente por los Procuradores de los Tribunales D^a. Miriam Alvarez del Valle, D^a. Mercedes Revillo Sánchez, D. Alejandro González Salinas y D. Eduardo Carlos Muñoz Barona, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Cáceres, el Consejo Oficial de Farmacéuticos, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Badajoz y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid.

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 26 de abril de 2004, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, dispone:

Desestimar el recurso interpuesto por la "Asociación Nacional Empresarial de Industrias Farmacéuticas" Farmaindustria, contra el Acuerdo adoptado por el Servicio de Defensa de la Competencia el día 21 de abril del 2003 que mantenemos en todos sus pronunciamientos por inexistencia del derecho tutelable.

Son hechos de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada los siguientes:

1) La recurrente presentó el 24 de febrero de 2003 una denuncia contra el Consejo Andaluz de

Colegios Oficiales Farmacéuticos, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Cáceres, el Consejo Oficial de Farmacéuticos, el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Badajoz y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid por conductas anticompetitivas contrarias al *artículo 1 de la Ley 16/1989 derivadas de 4 Acuerdos* firmados por los Colegios denunciados respecto de los que se denuncia la fijación horizontal de precios máximos de venta de medicamentos, el establecimiento colusorio de los medicamentos dispensados al público en los casos de prescripción por principio activo y la exclusión pactada de la dispensación de los restantes medicamentos en los casos de prescripción de principio activo. Los Acuerdos, que la recurrente denomina "cárteles" son los siguientes:

a) *Cártel Andaluz*: los Colegios Oficiales Andaluces y en consecuencia los titulares de oficinas de farmacia fijan horizontal y colectivamente determinados precios máximos en la venta al público de especialidades farmacéuticas en las prescripciones por principio activo, pactando excluir de la dispensación todas las especialidades cuyo precio de venta al público fijado por el Ministerio de Sanidad, exceda de un determinado precio máximo establecido en el Acuerdo. Según éste, en casos de prescripción por principio activo, las farmacias andaluzas dispensarán directamente al cliente la especialidad farmacéutica más barata, con exclusión de las restantes.

b) *El Cártel Extremeño*: Acuerdo firmado por los Colegios de Cáceres y Badajoz, así como el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y por tanto los titulares de oficinas de farmacia extremeñas en términos similares al anterior.

c) *El Cártel Madrileño*: Acuerdo suscrito en el seno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid, en términos similares a los antes vistos.

2) Mediante Acuerdo de 21 de abril de 2003 del Servicio de Defensa de la Competencia se acordó el archivo de la denuncia formulada, decisión que fue ratificada por el acuerdo del Pleno del TDC de 26 de abril de 2004.

SEGUNDO:- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1) Nulidad de la Resolución por falta de concurrencia del presupuesto legal para acordar el archivo de la denuncia: existencia de indicios racionales de los cárteles denunciados.

2) El hecho de que el Acuerdo entre el SAS y el Consejo Andaluz no sea colusorio es improcedente e inhábil para fundamentar la Resolución. Los cárteles denunciados no han sido acordados entre Colegios farmacéuticos y las Administraciones sanitarias sino entre las propias oficinas de farmacias en tanto que empresas que compiten directamente en el mercado. No es objeto de denuncia el Acuerdo entre el SAS y el Consejo Andaluz cuyo archivo es ordenado por el Acuerdo de archivo recurrido.

3) Las prácticas denunciadas, tanto si se consideran acuerdos directos entre empresas o recomendaciones de asociaciones profesionales, quedan directamente comprendidos en el tenor literal del *artículo 1 de la LDC*.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida a cuya fundamentación se remite.

CUARTO: D^a. Myriam Alvarez del Valle Lavesque en la representación que ostenta, solicitó la desestimación de la demanda con arreglo a los siguientes argumentos:

1) Invoca el *art. 1.3 de la Ley de Colegios Profesionales* y sus fines entre los que se encuentra la firma de los Acuerdos suscritos: recuerda el *art. 107.4 LGSS de 1974 y la de 20 de junio de 1994*, así como *La Ley extremeña de Salud de 28 de junio de 2001*, que establecen la fijación de los precios de los medicamentos por la Administración.

2) Niega confabulación de las oficinas de farmacia para adoptar conductas contrarias a la LDC: en cualquier caso, es de aplicación el *art. 2.1 de la LDC*. al estar amparadas por Ley dichas conductas.

3) No se ataca el interés público con los referidos Acuerdos. La *ley de 28 de mayo de 2003* ratifica el sistema de fijación administrativa de precios.

4) Expresa su conformidad con la propuesta formulada por el SDC.

5) Omite Farmaindustria que el TSJ de Extremadura dictó sentencia el 15 de abril de 2005 que ratificó el Concierto.

QUINTO:.- D^a. Mercedes Revillo Sánchez en la representación que ostenta solicitó la inadmisión o desestimación de la demanda con arreglo a los siguientes argumentos:

1) Inadmisibilidad del recurso (*art. 69, d*) de la LRJCA): la cuestión ha sido resuelta por la sentencia del TSJ de Extremadura de 15 de abril de 2005 .

2) Inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa de la recurrente, los particulares carecen de legitimación para obtener una sanción.

3) La actora no ha demostrado que el Concierto denunciado sea anticompetitivo. Subraya la fijación administrativa de los precios, de los márgenes comerciales, en la que la oficina de farmacia no puede influir en la adquisición o consumo de las especialidades prescritas por otros facultativos diferentes y no se puede hacer publicidad de los medicamentos.

4) El régimen de conciertos viene establecido en la Ley de la Seguridad Social y la *Ley de 28 de mayo de 2003 de Cohesión del Sistema Nacional de Salud* ratifica este planteamiento.

SEXTO: D. Alejandro González Salinas, en la representación que ostenta, declinó el derecho a formular demanda.

SEPTIMO: Sin apertura de período probatorio, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

OCTAVO:.- Señalado el día 22 de mayo de 2007 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

NOVENO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: La cuestión de fondo que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar la compatibilidad de los Acuerdos suscritos por los Colegios de Farmacéuticos denunciados con la Administración Sanitaria, que se describen en el Antecedente Primero de esta Resolución, con la *Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia* .

Con carácter previo debe resolverse sobre la concurrencia de las causas de inadmisibilidad planteadas.

En relación a la primera de ellas, cosa juzgada, del propio alegato de la parte proponente se desprende que la misma no puede prosperar, pues si bien es cierto que sobre uno de los Acuerdos objeto de enjuiciamiento (el suscrito entre los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Cáceres y Badajoz, el General de Colegios Farmacéuticos y el Servicio Extremeño de Salud el 24 de octubre de 2002) recayó sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura el 15 de abril de 2005 (recurso nº 1631/2002), también lo es que, los bienes jurídicos tomados en consideración en ese caso y el presente son distintos. Tratándose de la delimitación legal en sede contencioso-administrativa de conductas anticompetitivas prescritas por el *artículo 1 de la LDC* , resulta preceptiva la previa intervención de TDC y exclusivamente de esta Sala integrada en la Audiencia Nacional. No existe pues la triple identidad exigida para apreciar la concurrencia de cosa juzgada (sujeto, objeto y bien jurídico protegido) entre ambos supuestos por lo que procede la desestimación de esta primera causa de inadmisibilidad.

Tampoco podemos compartir que concurra la segunda de las causas de inadmisibilidad planteadas, pues como de forma constante hemos señalado, con apoyo en una consolidada doctrina constitucional (STC 42/1997), si bien, en el procedimiento administrativo sancionador no forma parte del derecho a la

tutela judicial efectiva la obtención por el denunciante de una condena del denunciado, ya que el titular del "ius puniendi" es el Estado, en el particular caso del procedimiento sancionador seguido por prácticas anticompetitivas, dicha regla general debía postergarse, ya que el *artículo 13 de la LDC* anuda la posibilidad de obtener una indemnización como consecuencia de dichas prácticas, a la previa obtención de una condena administrativa por las mismas.

SEGUNDO: En cuanto al fondo del asunto entendemos que debe mantenerse la resolución impugnada de acuerdo con su propia argumentación y la sugerida por los Colegios codemandados. Es relevante subrayar el marco legal en el que se desarrolla el presente proceso, pues concurren una serie de circunstancias singulares que deben ser puestas de manifiesto. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que los Colegios profesionales son Corporaciones de Derecho Público entre cuyos fines esenciales se encuentra la ordenación del ejercicio de las profesiones, su representación exclusiva y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, lo que le faculta plenamente para suscribir conciertos como los que son objeto de examen, verdadero sujeto del concierto y no los farmacéuticos que se integran en los mismos. En segundo lugar, los Conciertos tienen apoyo legal en el *art. 107.4 del TR de la LGSS de 20 de mayo de 1974* ratificado por el RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio y expresamente reconocido en las legislaciones autonómicas. En tercer lugar, los precios de los medicamentos son fijados en España por la Administración mediante un sistema de precios de referencia que limita la financiación pública en el margen de los principios activos y ello en virtud de una disposición con rango de Ley (*artículos 96.4, 100 y ss. de la Ley del Medicamento de 20 de diciembre de 1990*); y, además, están obligados a dispensar todas las especialidades que les sean solicitadas de acuerdo con la Ley (*art. 88.2 d*) de la misma Ley del Medicamento).

En definitiva, mediante el concierto no se fijan precios, limitándose su función a determinar la forma en la que se hace frente al mismo atendiendo a la posibilidad, legalmente establecida, de demandar medicación específica o por principio activo.

Para concluir, debe afirmarse que la *Ley 16/2003 de Cohesión del Sistema Nacional de la Salud de 28 de mayo* extiende el sistema establecido en los tres colegios denunciados al resto del Estado, lo que pone de manifiesto la racionalidad del sistema y ratifica, si cabe, el amparo legal de la actuación de los Colegios denunciados a los efectos de lo establecido en el *artículo 2 de la LDC*.

TERCERO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA*.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACION. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.