



Roj: **SAN 5617/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:5617**

Id Cendoj: **28079230062017100496**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/12/2017**

Nº de Recurso: **57/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000057 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00639/2014

Demandante: APROFARMA, APROFASE Y CEOFA

Procurador: DÑA. MARIA TERESA DE DONESTEVE Y VELAZQUEZ-GAZTELU

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Dª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **57/2014**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. MARIA TERESA DE DONESTEVE Y VELAZQUEZ-GAZTELU, en nombre y en representación de **APROFARMA (Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacia de la Provincia da Málaga)**, **APROFASE (Asociación Profesional de Oficinas de Farmacia de Sevilla)** y **CEOFA (Confederación de Oficinas de Farmacia de Andalucía)**, contra la Resolución de fecha 19 de Diciembre de 2013 dictada por la Sala de Competencia de la CNMC en el expediente R/0155/13 por la que se acuerda desestimar el recurso interpuesto frente a anteriores Acuerdos de fechas 30 de Septiembre y 7 de Octubre de 2013 de la Dirección de la Competencia (Subdirección de Vigilancia).



Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dicte sentencia por la que se declaren nulos los actos objetos de recurso y reconozca el derecho de las recurrentes a ser indemnizadas por la CNMC a causa de los eventuales perjuicios que pueda causar la ejecución de las resoluciones impugnadas

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - Tras haberse celebrado el trámite de conclusiones escritas, se declararon conclusas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló inicialmente para el día 20 de Diciembre, designándose ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la Resolución de fecha 19 de Diciembre de 2013 dictada por la Sala de Competencia de la CNMC en el expediente R/0155/13 por la que se acuerda desestimar el recurso interpuesto frente a anteriores Acuerdos de fechas 30 de Septiembre y 7 de Octubre de 2013 de la Dirección de la Competencia (Subdirección de Vigilancia)

La resolución recurrida acuerda:

Primero.- DESESTIMAR el Recurso Administrativo interpuesto, conjuntamente, por Don (XXX), en nombre y representación de APROFARMA (Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacia de la Provincia da Málaga), APROFASE (Asociación Profesional de Oficinas de Farmacia de Sevilla) y CEOFA (Confederación de Oficinas de Farmacia de Andalucía) contra los Acuerdos de 30 de Septiembre y 7 de Octubre del 2013, de la hoy Dirección de Competencia (Subdirección de Vigilancia), de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que mantenemos en su totalidad, respecto a su calificación jurídica interlocutoria.

Segundo.- Instar a la Dirección de Competencia para librar testimonio suficiente de particulares a la Administración General del Estado y, en su caso, a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a los efectos de dar cumplimiento a lo acordado en la Resolución de 24 de Marzo de 2009 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

Son antecedentes de hecho necesarios para comprender la realidad del procedimiento los siguientes:

- Esta Sala y Sección dictó sentencia en el recurso 266/2009 cuyo fallo era el siguiente: "ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de FEDERACION EMPRESARIAL DE FARMACEUTICOS ESPAÑOLES (FEFE), CONFEDERACION DE OFICINAS DE FARMACIA DE ANDALUCIA (CEOFA), ASOCIACION PROFESIONAL DE EMPRESARIOS DE OFICINAS DE FARMACIA DE LA OFICINA DE MALAGA (APROFARMA) Y ASOCIACION PROFESIONAL DE EMPRESARIOS DE OFICINAS DE FARMACIA DE LA PROVINCIA DE SEVILLA (APROFASE) y en consecuencia se declara conforme a derecho la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 24 de diciembre de 2009 (expediente 649/08 productos farmacéuticos genéricos) salvo el apartado segundo relativo al importe de la sanción que se reduce al 50% para cada uno de los sancionados. No se hace condena en costas".

- La resolución allí recurrida, y confirmada salvo en lo referido al importe de la multa, era la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 24 de diciembre de 2009 (expediente 649/08 productos farmacéuticos genéricos) sobre conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC (Ley 16/1989). Dicha resolución acordaba imponer las siguientes sanciones: a la Confederación de Oficinas de Farmacia de Andalucía (CEOFA) sanción de € 300.000; a la Asociación Profesional de Oficinas de Farmacia de Málaga (Aprofarma) sanción de € 150.000, y a la Asociación Profesional de Oficinas de Farmacia de Sevilla (Aprofase) sanción de € 150.000.

- Dicha sentencia se declaró firme para las tres entidades ahora recurrentes y ello una vez que se inadmitió, mediante auto de fecha 3 de Noviembre de 2011 dictado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el recurso de casación interpuesto por las tres ahora recurrentes (casación 1220/2011).



- Solo se admitió el recurso de casación interpuesto por la también allí recurrente FEFE (Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles) y en dicho recurso de casación se dictó sentencia de fecha 24 de Octubre de 2014 que anuló la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 24 de Marzo 2009.
- Mediante resoluciones de la CNMC de fechas 6 y 17 de Septiembre de 2013 se requirió a las ahora recurrentes el abono de la sanción económica en los importes fijados por la sentencia que se había declarado firme.
- Las ahora recurrentes presentaron escritos en los que solicitaba que se le indicara si las anteriores comunicaciones eran definitivas en vía administrativa y los recursos que contra el mismo proceden o el plazo para interponerlos, lo que les generaba una evidente indefensión.
- Mediante resoluciones de fecha 24 de septiembre de 2013, a CEOFA, y 3 de octubre de 2013 a APROFASE y APROFARMA, (notificadas 30 de Septiembre y 7 de Octubre de 2013) se les indicó que la obligación de pago era firme y que las resoluciones anteriores debían considerarse como carta de pago.
- Frente a ellas se interpuso recurso por las ahora recurrentes y que fue resuelto por la resolución que ahora es objeto del presente recurso contencioso.

En el escrito de demanda, la parte recurrente interesa la anulación de la resolución recurrida sobre la base de reconocer, en primer lugar la impugnabilidad de las resoluciones que requirieron el pago de los importes señalados, finalmente, como importe de la multa.

También entiende que debe entenderse prescrita la sanción por aplicación del principio de retroactividad sancionadora más favorable (Art. 9.3 de la CE). Considera la parte recurrente que la aplicación al supuesto objeto de controversia de los criterios de la ley 15/2007 habría supuesto un régimen sancionador más favorable para las infracciones cuya sanción sea de entre 100.000 y 500.000 euros y que supondría un plazo prescriptivo de un año.

Considera que como en el caso presente no se atendió al volumen de negocios de las recurrentes (puesto que la Ley 16/1989 nada distinguía sobre infracciones leves, graves o muy graves) debe entenderse que las infracción por la que se sancionó era leve aplicando el plazo de prescripción de las sanciones leves y ello pues la ley 16/1989 no distinguía, como hace ahora la ley 15/2007, diferentes plazos prescriptivos según se trate de infracciones de distinta gravedad y establecía un plazo único de cuatro años.

Finalmente, también solicita que en aplicación de lo previsto en el artículo 106 de la Constitución y 139 de la ley 30/92 se le indemnice de los perjuicios derivados del hecho de que la ejecución de las sanciones le ocasionaría graves perjuicios.

SEGUNDO. - La adecuada resolución de la cuestión que se somete a la consideración de esta Sala exige partir de que la sentencia firme dictada por esta Sala en el recurso 266/2009 impone a las ahora recurrente la obligación de pago en los importes que allí se señalan (y respecto de los que no hay controversia) y que son la mitad de los señalado por la resolución inicialmente recurrida.

Es de aplicación lo previsto en el artículo 117.3 de la Constitución que establece como función del Poder Judicial: El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

También es de aplicación lo que señala el artículo 103 de la LRJCA en sus dos primeros párrafos cuando señala que: 1. La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia.

2. Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignan.

TERCERO.- La sentencia firme que se trata de ejecutar, que es la dictada por esta Sala en el recurso 266/2009, aplica, y tal cosa resulta de su mera lectura, la ley 16/89 de Defensa de la competencia; y solo se hace referencia a la ley 15/2007 en cuanto a la publicidad de la sanción.

Tomando en consideración que esa sentencia se dictó en el mes de Enero del año 2011, resulta que cuando se dictó, llevaba en vigor casi cuatro años la ley 15/2007; por lo tanto, si la parte ahora recurrente consideraba que la aplicación de esta última ley le era más beneficiosa en aplicación del principio de retroactividad de la ley más favorable, debió formular dicha alegación en aquel recurso (como sin duda hizo en relación a la publicidad de la resolución) y no puede esperar a la ejecución de la sentencia firme para pretender la modificación del contenido de la misma.



Para mayor justificación de lo infundado de las pretensiones de la parte recurrente, no puede dejar de señalarse que la ley 15/2007 estaba en vigor, incluso, cuando se interpuso el recurso contencioso por lo que, obviamente, no puede admitirse que en ejecución de sentencia se interese la retroactividad de una ley que no se ha solicitado a lo largo del procedimiento contencioso administrativo.

CUARTO.- En cuanto a la supuesta prescripción de la infracción, resulta obvio que debe aplicarse lo que señalaba el artículo 12 de la Ley 16/89 , aplicada por la resolución que se impugnó en la sentencia correspondiente al recurso 266/2009, cuando afirmaba que:

1. Prescribirán:

a) A los cinco años, las infracciones previstas en este texto legal. El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido la infracción.

b) A los tres años, la acción para exigir el cumplimiento de las sanciones.

2. La prescripción se interrumpe por cualquier acto del Tribunal o del Servicio de Defensa de la Competencia, con conocimiento formal del interesado, tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción.

Una aplicación también simplemente literal de lo dicho en dicho precepto impone, que si la multa adquirió firmeza el día 3 de Noviembre de 2011, cuando se requirió de pago los días 6 y 17 de Septiembre de 2013, no habían transcurrido los plazos previstos en el precepto que acabamos de transcribir.

Por lo tanto, las sanciones impuestas a los recurrentes no estaban prescritas y no puede oponerse por este motivo a la ejecución literal de lo acordado en la sentencia firme.

QUINTO.- El argumento de la recurrente es claramente infundado; pretende que se declare que como el importe de la sanción (corregido por la Sentencia dictada en el recurso 266/2009) se acomodaría a lo que el artículo 63.3 de la Ley 15/2007 entiende por infracción leve, pretende que se debe aplicar el plazo de prescripción de las sanciones de las infracciones leves (plazo de un año, tal como señala el artículo 68.2 de la misma norma). De este modo las sanciones estarían prescritas y no podría exigirse su cobro.

Obviamente, no se puede aplicar una ley para la fijación del importe de las sanciones y otra posterior para la determinación del plazo de prescripción. No se olvide que la ley 16/1989 no establecía diferencia entre infracciones leves, graves o muy graves.

Dos argumentos más obligan a la desestimación de las pretensiones de la parte recurrente que hacen referencia a esta cuestión:

- No es posible encuadrar la conducta que se imputa a las ahora recurrentes en el catálogo de infracciones leves que se recoge en el artículo 62 de la Ley 15/2007 . No es posible, pues, tratar de aplicar el plazo prescriptivo de las infracciones leves en relación a conductas que no pueden considerarse como tal.

- La conducta por la que se sanciona a las ahora recurrentes es "recomendación colectiva para tratar de homogeneizar el comportamiento de las oficinas de farmacia frente a dicho laboratorio, en el mercado español de medicamentos genéricos, sometidos a prescripción médica y al sistema de precios de referencia" y ello se considera en la ley 15/2007 como infracción muy grave (artículo 62.4.a) por lo que el plazo de prescripción aplicable sería el de cuatro años (artículo 68). De este modo, pues, tampoco habría prescrito la sanción.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , las costas procesales de esta instancia habrán de ser satisfechas por la parte recurrente.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Procurador de los Tribunales MARIA TERESA DE DONESTEVE Y VELAZQUEZ-GAZTELU, en nombre y en representación de **APROFARMA (Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacia de la Provincia da Málaga)**, **APROFASE (Asociación Profesional de Oficinas de Farmacia de Sevilla)** y **CEOFA (Confederación de Oficinas de Farmacia de Andalucía)** contra, resolución que confirmamos por ser conforme a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el *artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción* justificando el interés casacional objetivo que presenta.



PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 24/01/2018 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ