

RESOLUCIÓN **(Expte. R/0138/13, FEFE-APROFASE-APROFARMA)**

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 31 de mayo de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0138/13, FEFE-APROFASE-APROFARMA, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (en adelante FEFE), la Asociación Profesional de Oficinas de Farmacia de Sevilla (en adelante APROFASE) y la Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacias de Málaga (en adelante APROFARMA), contra los Acuerdos de la Dirección de Investigación de 20 de marzo de 2013 y de 1 de abril de 2013, en los que se imponen multas coercitivas y se concede un nuevo plazo para el cumplimiento del deber de colaboración y contestación a un previo requerimiento de información, con advertencia de imposición de nueva multa coercitiva.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 24 de marzo de 2009 (Expediente 649/08, Productos Farmacéuticos Genéricos) el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia sancionó a las recurrentes por una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la formulación de una recomendación colectiva tendente a homogeneizar el comportamiento de las Oficinas de Farmacia frente a Laboratorios Davur, en el mercado de los medicamentos genéricos sometidos a prescripción médica y al sistema de precios de referencia.
2. Interpuesto recurso contencioso-administrativo por las entidades sancionadas, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo), mediante Auto de 24 de julio de 2009, acordó “Suspender la inmediata ejecución de la resolución recurrida arriba descrita”, bajo la condición de la presentación de aval como garantía. Por posterior Auto de 7 de enero de 2010 se decretó

- “Estimar el recurso interpuesto frente al auto de fecha 24 de julio de 2009, y eximir a las actoras de la prestación de garantía para la suspensión acordada en el citado auto”.*
3. El 18 de enero de 2011 la Audiencia Nacional dictó sentencia en el asunto principal, en la cual se *“declara conforme a derecho la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de marzo de 2009 (expediente 649/08 productos farmacéuticos genéricos) salvo en el apartado segundo relativo al importe de la sanción, que se reduce al 50% para cada uno de los sancionados”.*
 4. Mediante Auto de 3 de noviembre de 2011 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, admitió el recurso de casación interpuesto por FEFE, mientras que los recursos de casación de APROFARMA y APROFASE no fueron admitidos al no superar el importe de las multas correspondientes la cuantía que permite recurrir en casación ex artículo 86 de la LJCA.
 5. Con fecha 17 de diciembre de 2012 la Dirección de Investigación (DI) remitió un requerimiento de información a FEFE, APROFASE y APROFARMA, en el que se le solicitaba la aportación de diversa información relativa al cumplimiento de la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de marzo de 2009, con advertencia de que la inobservancia del requerimiento podía ser sancionada con multa coercitiva. El contenido concreto del requerimiento se detalla en el Fundamento de Derecho Tercero.
 6. El 8 de enero de 2013 (FEFE y APROFASE) y, posteriormente, el 17 de enero (APROFARMA), las entidades recurrentes remitieron escritos de contestación al requerimiento de información en los que exclusivamente se indicaba que el cumplimiento de la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de marzo de 2009 había sido suspendido por Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de enero de 2010.
 7. El 30 de enero de 2013 la DI comunicó a FEFE, APROFASE y APROFARMA que la precitada Resolución era ejecutiva en todo salvo en lo relativo al pago de la sanción y reiteró el requerimiento de información realizado el 17 de diciembre de 2012, con nueva advertencia de la posible imposición de multa coercitiva para caso de incumplimiento.
 8. Mediante escritos de 19 de febrero de 2013 (FEFE), 21 de febrero de 2013 (APROFASE) y 4 de marzo de 2013 (APROFARMA) las recurrentes remitieron escritos de contestación en los que insistían en el efecto suspensivo del Auto de la Audiencia Nacional de 7 de enero de 2010 sobre todas las obligaciones derivadas de la Resolución de 24 de marzo de 2009 y, por ello, no aportaban la información requerida.
 9. El 25 de febrero de 2013 (a FEFE y a APROFASE) y el 7 de marzo de 2013 (a APROFARMA) la DI reiteró de nuevo la solicitud de información, concediendo

diez días a tal efecto y advirtiendo expresamente de la imposición de multa coercitiva de 600 euros por día de retraso en el cumplimiento de tal obligación.

10. Los días 14 (FEFE), 15 (APROFASE) y 25 de marzo de 2013 (APROFARMA) las tres entidades recurrentes dirigieron a la DI escritos de contestación de contenido similar, comunicando su voluntad de colaboración con la CNC, pero reiterando las razones ya expuestas para no aportar la información requerida. APROFASE y APROFARMA señalaron también que, en distintas fechas de 2009 (12 y 30 de abril, respectivamente), habían remitido una circular a sus asociados en la que se especificaba que ambas asociaciones habían sido sancionadas por la CNC al considerar que su actuación había sido una recomendación colectiva tendente a homogeneizar el comportamiento de las oficinas de farmacia. En las citadas circulares ambas asociaciones también manifestaban que se abstendrían de efectuar prácticas similares en un futuro y trasladaban a sus asociados la parte dispositiva de la resolución. Por último, en su escrito de 25 de marzo de 2013 APROFARMA informó, en respuesta al punto 3 de la solicitud de información de la DI, que no podía especificar si algún laboratorio había llevado a cabo prácticas semejantes a las que realizó DAVUR en su día ya que, desde la iniciación del expediente hasta la actualidad, APROFARMA no investigaba este tipo de actuaciones para evitar incurrir en conductas infractoras.
11. A la vista de las contestaciones recibidas, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) la DI acordó imponer a las tres asociaciones requeridas una multa coercitiva. De acuerdo con lo previsto en el artículo 21 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, la DI acordó calcular la cuantía total de la multa en función del número de días de retraso en el cumplimiento de la obligación, fijando la cuantía en 600 euros por cada día de retraso. Así, con fecha de 20 de marzo de 2013, la DI impuso a FEFE una multa de 3.600 euros (por seis días de retraso, desde el 12 al 19 de marzo, ambos exclusive) y a APROFASE una multa de 1.800 euros (por tres días de retraso, desde el 15 al 19 de marzo). Posteriormente, con fecha 1 de abril de 2013, la DI acordó imponer a APROFARMA una multa coercitiva de 1.800 euros, también resultado de multiplicar 600 euros por tres días de retraso (desde el 23 al 27 de marzo de 2013). En las multas impuestas a APROFASE y APROFARMA la DI tuvo en cuenta que ambas asociaciones no habían dado contestación completa a todos los puntos que les habían sido reiterados en tres ocasiones, salvo al punto primero del requerimiento. En los citados acuerdos de imposición de multas la DI concedió a las tres asociaciones un nuevo plazo de cinco días para el cumplimiento de su deber de colaboración y contestación al requerimiento de información de 17 de diciembre de 2012, con la advertencia de que en caso de incumplimiento de este nuevo plazo se le impondría una multa coercitiva de 1.000 euros por cada día de retraso.

12. Con fecha 8 de abril de 2013 tuvo entrada en la CNC recurso de 5 de abril interpuesto por la representación de FEFE, APROFASE y APROFARMA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 LDC, contra los Acuerdos de la DI de 20 de marzo y 1 de abril de 2013. Al ser idénticos los requerimientos recurridos y traer causa de hechos y fundamentos jurídicos también idénticos, las recurrentes optan por su acumulación en un recurso único.
13. Con fecha 9 de abril de 2013, conforme a lo indicado en el artículo 24 RDC, el Consejo de la CNC remitió copia del recurso a la DI, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
14. Con fecha 15 de abril de 2013, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 10. En dicho informe, la DI considera que procede la desestimación del recurso.
15. Con fecha 19 de abril de 2013 se admitió a trámite el recurso de FEFE, APROFASE y APROFARMA, concediéndoles un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudieran formular alegaciones.
16. Las recurrentes no han presentado alegaciones adicionales a su escrito de recurso.
17. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 29 de mayo de 2013.
18. Son interesadas en este expediente de recurso la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), la Asociación Profesional de Oficinas de Farmacia de Sevilla (APROFASE) y la Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacias de Málaga (APROFARMA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones de las recurrentes.

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra los Acuerdos de la DI de 20 de marzo de 2013 y 1 de abril de 2013, en los que se imponen a FEFE, APROFASE y APROFARMA multas coercitivas y se concede un nuevo plazo para el cumplimiento del deber de colaboración y contestación al previo requerimiento de información de fecha 17 de diciembre de 2012, con advertencia de imposición de nueva multa coercitiva.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DI, disponiendo que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

En su recurso, la recurrente solicita del Consejo de la CNC que dicte resolución por la que anule los Acuerdos de la DI.

En su recurso de 5 de abril de 2013 las recurrentes fundamentan su pretensión en las siguientes consideraciones:

- a) Las recurrentes han demostrado su voluntad de colaboración con la CNC, contestando a cada uno de los requerimientos, si bien no aportan la información solicitada en ejercicio de su derecho a no renunciar a la tutela judicial dispensada por la Audiencia Nacional.
- b) Se produce una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (CE), dado que los acuerdos recurridos incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1 LRJPAC.
- c) Incompetencia de la DI para imponer multas coercitivas.
- d) Los acuerdos recurridos carecen de motivación e incurrir en desviación de poder al pretender obtener una información según lo previsto en el artículo 39 LDC (deberes de colaboración e información) y no para conseguir el fin previsto en el artículo 41 LDC (vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos).
- e) Las multas coercitivas impuestas ocasionan a las recurrentes un grave perjuicio económico.

En su informe, emitido el 15 de abril de 2013, la DI propone la desestimación del recurso, por no haberse producido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de las empresas recurrentes.

SEGUNDO.- Sobre la información solicitada en el requerimiento de información.

Para valorar la corrección o no de los acuerdos recurridos, resulta necesario realizar un previo examen de la información requerida a las recurrentes en el primer requerimiento de información de 17 de diciembre de 2012, que está en el origen de los acuerdos de reiteración de la solicitud de información y de imposición de multas coercitivas que ahora se recurren.

Dicho requerimiento de información guarda relación con la vigilancia y la ejecución de la resolución del Consejo de la CNC de 24 de marzo de 2009 (antecedente 1º) cuya parte dispositiva, además de declarar acreditada la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 por parte de las aquí recurrentes, impone como sanción el pago de una multa (resuelve SEGUNDO), intima a las recurrentes para que *“se abstengan en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes, dirigiendo a sus asociados y partícipes las comunicaciones necesarias al efecto”* (resuelve TERCERO), ordena a las sancionadas a publicar

la parte dispositiva de la resolución en el BOE y en un periódico de ámbito nacional, así como a difundir entre sus asociados y partícipes el texto íntegro de la resolución, bajo apercibimiento de multa coercitiva de 3.000 euros por día de retraso (resuelve CUARTO), señalando por último que *“FEFE, APROFARMA, APROFASE y CEOFA acreditarán y justificarán, fehacientemente, ante la Dirección de Investigación de esta Comisión Nacional de la Competencia el puntual y correcto cumplimiento de todo lo acordado y mandado en los anteriores apartados”* (resuelve QUINTO).

Conviene además señalar que, según el artículo 41 de la LDC, la CNC *“vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones. La vigilancia se llevará a cabo en los términos que se establezcan reglamentariamente y en la propia resolución de la Comisión Nacional de la Competencia [...]”*.

Bajo tal contexto, en relación con el cumplimiento de la Resolución de 24 de marzo de 2009, el 17 de diciembre de 2012 la DI requirió a FEFE, APROFASE y APROFARMA la aportación de la siguiente información en el plazo de quince días:

“1.- En relación al numeral TERCERO de la Resolución, aporte copia de las comunicaciones/circulares dirigidas a sus asociados donde se informe de que la conducta llevada a cabo por la Federación y que fue sancionada por ser contraria a la normativa de competencia, ha cesado y que se abstendrán de realizar prácticas semejantes en el futuro.

2.- En referencia al numeral CUARTO de la Resolución,

- aporte copia del comunicado difundido a sus asociados con el texto íntegro de la Resolución de 24 de marzo de 2009, indicando medio de comunicación y en su caso, documentación o certificado, por quien corresponda, de su recepción por todos y cada uno de sus asociados.

- aporte copia de la publicación de la parte dispositiva de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado (BOE) y en algún periódico de ámbito nacional con sede en Andalucía.

3.- Indique, desde el año 2009 hasta la actualidad, si en el mercado de los medicamentos genéricos sometidos a prescripción médica por principio activo y al sistema de precios de referencia ha habido algún laboratorio que haya llevado a cabo prácticas semejantes a las de DAVUR y que dio origen al anuncio publicado en el Global dos semanas consecutivas (la de 9/15 de abril y la de 16/22 de abril) por parte de su Federación. Indique en caso afirmativo nombre y datos de contacto del mismo.

4.- Aporte copia de las Actas de las reuniones de la Federación desde el año 2009 hasta la actualidad.

5. - *Aporte una relación de sus asociados y sus datos de contacto.*

6.- *Aporte cualquier otra información adicional que considere oportuna en relación a la vigilancia de referencia.”*

Ese requerimiento se acompañaba de la advertencia de que el incumplimiento podría ser sancionado con una multa coercitiva de hasta 12.000 euros diarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de la LDC, sin perjuicio de la apertura, en su caso, del correspondiente expediente sancionador por infracción del artículo 62.2.c) de la LDC.

El requerimiento inicial fue reiterado el 30 de enero de 2013, con nuevo plazo de 15 días, y reiterado nuevamente el 15 de febrero de 2013 (a FEFE y APROFASE) y el 6 de marzo de 2013 (a APROFARMA), con concesión de plazo de 10 días. La multa coercitiva fue impuesta el 20 de marzo (a FEFE y APROFASE) y el 1 de abril de 2013 (a APROFARMA).

A continuación se hace un análisis desglosado de los distintos puntos del requerimiento de información y de la respuesta remitida, en su caso, por las recurrentes respecto de cada uno de ellos.

- En relación a la solicitud primera del requerimiento de información, consistente en que se aportase *copia de las comunicaciones/circulares dirigidas a sus asociados donde se informe de que la conducta llevada a cabo por la Federación y que fue sancionada por ser contraria a la normativa de competencia, ha cesado y que se abstendrán de realizar prácticas semejantes en el futuro*, sólo APROFASE y APROFARMA han aportado la información requerida.
- Respecto de la primera solicitud del punto 2 del requerimiento de información, de la información disponible se deduce que ni APROFASE ni APROFARMA han dado cumplimiento completo a tal requerimiento, puesto que sólo han hecho referencia a la comunicación a sus asociados *de la parte dispositiva* de la Resolución, no de la Resolución íntegra ni de certificados acreditativos de su recepción por todos los asociados. En el caso de FEFE no ha habido siquiera cumplimiento parcial de lo solicitado en este punto.
- En relación con la segunda solicitud del punto 2 del requerimiento de información, relativo *la publicación de la parte dispositiva de la Resolución en el Boletín Oficial del Estado (BOE) y en algún periódico de ámbito nacional con sede en Andalucía*, este Consejo considera que, dada la fecha de la Resolución (posterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2007), y a la vista de la jurisprudencia sobre la aplicación de la normativa sobre publicación de las resoluciones sancionadoras [vid. STS de 21 de julio de 2009 (RCUD 507/08), SAN de 19 de febrero de 2013 (recurso 06/192/2010) y SAN de 15 de noviembre de 2012 (recurso 06/607/2009)], tal obligación resultaría cuestionable, si bien tal extremo no ha sido revocado por la SAN de 18 de enero de 2011 (antecedente 3º) ni justifica la desatención del requerimiento.

- Respecto del punto tercero del requerimiento de información, referido a la posible realización por algún laboratorio de prácticas semejantes a las analizadas por la Resolución de 24 de marzo de 2009, sólo APROFARMA ha formulado una suerte de respuesta a tal cuestión, si bien relativa a que no puede proporcionar la información requerida debido a que no ha desarrollado ninguna labor de indagación sobre esos aspectos, precisamente al objeto de evitar incurrir en conductas sancionables.
- Respecto de los puntos 4 y 5 del requerimiento, referidos a las copias de las Actas de sus reuniones desde el año 2009 a la actualidad o la relación de sus asociados, este Consejo no encuentra justificación alguna, y tampoco se deduce del recurso de las recurrentes, para la falta de aportación de esa información. En el caso de que las recurrentes valoren que en el contenido de las Actas se incluye información de carácter confidencial o no vinculado a la vigilancia del cumplimiento de la Resolución de 24 de marzo de 2009, aquéllas tienen a su disposición la posibilidad de aportar la información indicando tal extremo y acompañando una versión censurada, en consonancia con lo previsto en los artículos 47 de la LDC y 20 del RDC.
- Finalmente, en cuanto al punto 6 del requerimiento, por su propio tenor literal (“información que considere oportuna”), corresponde en exclusiva a las recurrentes valorar si existe tal información que deba ser trasladada a la DI, y su no cumplimentación no debe tener ningún efecto respecto de la valoración de si se ha cumplimentado adecuadamente el requerimiento de información, con independencia de que la no presentación de información alguna en este punto pueda eventualmente tener las consecuencias que correspondientes en función del desarrollo posterior del expediente de vigilancia.

En síntesis, las recurrentes no han dado respuesta adecuada a la información solicitada en los puntos 2.1, 3, 4 y 5 del requerimiento de información, debiéndose añadir el punto 1 para el caso de FEFE. La falta de información relativa a la información requerida en el punto 2.2 (publicación de la resolución sancionadora en el BOE) reviste menor intensidad a la vista de la jurisprudencia antes citada y la del punto 6 (cualquier otra información adicional que considere oportuna) no debe ser tenida en cuenta por las razones mencionadas.

TERCERO.- Sobre la alegada suspensión de la Resolución sancionadora de 24 de marzo de 2009 y sus efectos sobre el requerimiento de información de 17 de diciembre de 2012.

La base del recurso de FEFE, APROFASE y APROFARMA descansa en la consideración de que la Resolución de 24 de marzo de 2009, que impone a las recurrentes multas pecuniarias y obligaciones de hacer, fue suspendida en todos los elementos del resuelve por los Autos de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2009, que suspende la ejecución de la Resolución condicionada a la

constitución de caución, y de 7 de enero de 2010, que estima el recurso interpuesto frente al Auto anterior y exime de la presentación de garantía para la suspensión anteriormente acordada.

Este Consejo, coincide con las consideraciones formuladas por la DI en su Informe en relación al carácter suspensivo de tales autos sólo respecto de la ejecución de la multa. Ello se deduce de las propias consideraciones expuestas por la Audiencia Nacional en el Auto de 24 de julio de 2009 que concede la suspensión condicionada a la prestación de garantía, Auto en el que se señala (Fundamento Tercero): *“En aplicación de este criterio, que supone tener en cuenta la mayor o menor intensidad de las exigencias derivadas del interés público en la ejecución del acto, ha de ponderarse en el caso de autos, de ejecución de cuatro sanciones económicas impuestas a cuatro entidades del ámbito económico por un importe total de 1.000.000 de €, que es muy distinta la situación si la parte recurrente (las cuatro citadas entidades) garantiza de forma suficiente el pago de la multa, para el caso de que los Tribunales de lo contencioso administrativo declaren su conformidad a derecho, a aquella otra situación en que no exista garantía de dicho pago”*. Asimismo, en el mismo Fundamento de Derecho, la Audiencia Nacional precisa: *“[...] que la constitución de las garantías previstas en el artículo 133.1 LJCA es la mejor vía de conciliación de los intereses en conflicto: el de las sociedades mercantiles en no efectuar el pago de una multa hasta que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo se hayan pronunciado sobre su conformidad a derecho, y el interés de la Administración en la ejecución de sus actos”*. Precisamente, consecuencia de que sólo se produce por el mencionado Auto la suspensión de la ejecución inmediata de la Resolución de la CNC de 24 de marzo de 2009, la Audiencia Nacional cifra inicialmente la garantía a la que se condiciona la suspensión estrictamente al *“importe total de las citadas cuatro multas arriba reseñadas”*.

Asimismo, el alcance del efecto suspensivo acordado por los Autos de la Audiencia Nacional citados limitado a la multa es coherente con la propia pretensión de las recurrentes al instar tal medida cautelar. Efectivamente la solicitud de suspensión de la resolución recurrida formulada en vía contenciosa por las ahora recurrentes argumenta exclusivamente sobre la conveniencia de suspender las *“sanciones de carácter económico”*, por los diversos perjuicios irreparables que ocasionaría a las mismas, *“a sus empleados laborales, a terceros e incluso a los intereses públicos generales a que se encuentra vinculada la actividad [de las recurrentes]”*. La argumentación de FEFE, APROFASE y APROFARMA en su escrito de solicitud de suspensión de la Resolución de 24 de marzo de 2009, descansa únicamente en consideraciones relativas a la falta de patrimonio de las recurrentes para atender a la sanción económica impuesta y a las consecuencias derivadas para empleados y terceros de su probable cese de actividad derivado de la imposibilidad de atender a la deuda contraída. Así, las recurrentes alegan textualmente: *“Teniendo presente cuál es el patrimonio y los recursos económicos con los que cuentan mis representadas así como las denegaciones de aval de que han sido objeto por diversas entidades financieras*

[...], resulta manifiesto que las cuantías de las sanciones impuestas por la resolución recurrida son objetivamente muy elevadas, respecto de todas y cada una de mis representadas, por lo que la ejecución de las sanciones haría peligrar de modo cierto su estabilidad económica y su propia subsistencia” (páginas 25 y 26 del escrito de solicitud de suspensión, de 8 de junio de 2009, en el marco del Procedimiento Ordinario 266/2009).

Hay que precisar además que, actualmente, la situación jurídica correspondiente a APROFARMA y APROFASE ha quedado consolidada con la Sentencia de la Audiencia Nacional por cuanto el recurso de casación por ellas interpuesto ha sido inadmitido a trámite por el Tribunal Supremo. En consecuencia, aun cuando la Sentencia de la Audiencia Nacional no haya ganado formalmente firmeza (sigue pendiente de resolución el recurso de casación interpuesto por FEFE, cuya admisión sí ha acordado el Alto Tribunal), lo cierto es que la situación de APROFARMA y APROFASE no podrá ya verse alterada por posterior pronunciamiento judicial y ha quedado definitivamente fijada en la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2011. Dicha sentencia *“declara conforme a derecho la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de marzo de 2009 (expediente 649/08 productos farmacéuticos genéricos) salvo en el apartado segundo relativo al importe de la sanción, que se reduce al 50% para cada uno de los sancionados”*. Como consecuencia de todo ello, la Resolución de 24 de marzo de 2009 es definitiva para APROFARMA y APROFASE en todos sus pronunciamientos, con la salvedad correspondiente a la reducción en un 50% de la multa derivada de la sentencia de la Audiencia Nacional de enero de 2011.

Este Consejo, por tanto, no comparte la justificación aducida por las recurrentes para no atender a las sucesivas reiteraciones del requerimiento de información formulado por la DI, basada en que el Auto de la Audiencia Nacional de 7 de enero de 2010 suspendía la ejecución de todos los elementos del resuelve de la Resolución sancionadora de marzo de 2009. Tal argumentación no se ajusta a la resolución judicial invocada puesto que, tanto del contenido del Auto como de la pretensión formulada por las partes al solicitar tal medida suspensiva, se acredita que el carácter suspensivo del mencionado Auto se limita exclusivamente a la ejecución inmediata de la multa impuesta. Adicionalmente no puede obviarse que la suspensión invocada -y limitada exclusivamente a la sanción económica- sólo operaría para FEFE, pero no para APROFASE ni para APROFARMA, para las que la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2011 no es susceptible de recurso.

CUARTO.- Sobre el deber de colaboración y la imposición de la multa coercitiva.

- (i) De la licitud del requerimiento de información.

El artículo 39 LDC establece los deberes de colaboración e información con la CNC, señalando en su apartado primero que *"Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley. Dicho plazo será de 10 días, salvo que por la naturaleza de lo solicitado o las circunstancias del caso se fije de forma motivada un plazo diferente."* Es de destacar la importancia del deber establecido en el mismo, ya que su omisión cuestionaría las facultades de investigación de la CNC. Dicho artículo señala también dos límites: la necesidad de la información para la aplicación de la LDC y que los sujetos al deber de colaboración dispongan de la información requerida.

Siguiendo el criterio de la DI, la necesidad de la información requerida se veía justificada en la medida que, en el seno de un procedimiento de vigilancia, destinado a elevar al Consejo el correspondiente informe sobre el cumplimiento de la Resolución de 24 de marzo de 2009, se requirió a las ahora recurrentes para que proporcionaran información claramente disponible para las mismas, y necesaria para que la DI llevara a cabo sus funciones.

Queda patente, pues, que el requerimiento de información efectuado a las recurrentes y sus dos reiteraciones eran ajustados a derecho en la medida en que la información requerida cumplía los dos requisitos anteriores recogidos en el artículo 39 LDC.

(ii) Del incumplimiento del requerimiento de información.

Transcurrido el plazo de quince días otorgado para aportar la información solicitada, la DI procedió a reiterar el mismo fijando un nuevo plazo de quince días y apercibiendo al destinatario del requerimiento de que, una vez transcurrido este plazo, se procedería a la imposición de una multa coercitiva, como permite el apartado segundo del artículo 17 RDC. Esa reiteración fue repetida en idénticos términos una vez transcurrido tal plazo sin recibir cumplida respuesta el requerimiento, en este caso cifrando el nuevo plazo en diez días y concretando en 600 euros/día de retraso el importe de la multa coercitiva para caso de incumplimiento.

De conformidad con el apartado 3 del artículo 21 RDC, que establece que *"Transcurrido el plazo señalado en el apartado anterior sin que la obligación se haya cumplido, los órganos de la Comisión Nacional de la Competencia podrán imponer una nueva multa coercitiva por el tiempo transcurrido, y reiterar su imposición tantas veces como sea necesario hasta el cumplimiento de la obligación"*, mediante los Acuerdos de 20 de marzo de 2013 y 1 de abril de 2013 la DI concretó para cada una de las recurrentes la cuantía de la multa coercitiva y

fijó un nuevo plazo de cinco días, elevando a 1000 euros/día el importe correspondiente a cada día de retraso.

En consecuencia, también el procedimiento para la imposición de la multa coercitiva se ha llevado a cabo por la DI con escrupuloso respeto a lo dispuesto en los artículos 67 LDC y 17 y 21 RDC.

Respecto de la actitud no colaboradora de las recurrentes, pese a la afirmación en contrario que realizan en el recurso, este Consejo considera que es un dato relevante que, en la fecha en la que se formuló el requerimiento, había recaído ya la sentencia de la Audiencia Nacional que resolvía el recurso contencioso administrativo interpuesto por FEFE, APROFASE y APROFARMA, en el sentido de declarar conforme a derecho la resolución sancionadora, salvo en lo relativo exclusivamente al importe de la multa, así como el Auto del Tribunal Supremo inadmitiendo el recurso de casación para las recurrentes APROFASE y APROFARMA.

(iii) De la competencia de la DI.

Asimismo, tampoco puede admitirse la alegada incompetencia de la DI para imponer multas coercitivas, que las recurrentes consideran que es potestad exclusivamente del Consejo. El artículo 21 del RDC establece con nitidez que *“A los efectos de lo establecido en el artículo 67 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, son competentes para imponer multas coercitivas: a) La Dirección de Investigación, respecto de las obligaciones establecidas en sus acuerdos y actos, en el supuesto de incumplimiento del deber de colaboración establecido en el artículo 39 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.”*

Es así evidente que en el caso presente, ante la desatención de un acuerdo dictado por la DI, es la propia DI el órgano competente para imponer la multa coercitiva tendente a su ejecución.

Tal como se prevé en los artículos 39 y 67 de la LDC y los artículos 17 y 21 del RDC, la DI, al solicitar información necesaria para el ejercicio de sus funciones previstas en el art. 41 LDC, advirtió reiterada y puntualmente a las destinatarias del requerimiento del plazo de que disponían para remitir la información solicitada y de la imposición de la multa coercitiva que, en caso de incumplimiento, podría ser acordada. Es ante el incumplimiento de las sucesivas reiteraciones del requerimiento de información de 17 de diciembre de 2012 cuando la DI acuerda la imposición de multa coercitiva, no para tratar de castigar la comisión de una infracción, ni siquiera de resarcir un daño producido, sino al objeto de vencer la resistencia de las obligadas al cumplimiento de su obligación y favorecer el cumplimiento correcto del requerimiento de información.

En consecuencia, la imposición de la multa coercitiva en este caso es competencia de la DI.

(iv) Otros posibles incumplimientos.

El objeto de este recurso viene constituido por los acuerdos de la DI recurridos. Sin embargo, el análisis del contexto en que éstos se dictan, junto con las alegaciones vertidas por las recurrentes, deben conducir a las siguientes aclaraciones.

Así, según lo antes señalado, la multa coercitiva en este caso deriva del incumplimiento del requerimiento de información de la DI. No obstante, esto no impide que la labor de investigación y vigilancia por parte de la DI pueda conducir a una propuesta sobre el incumplimiento por las recurrentes de la Resolución impuesta por el Consejo de la CNC en fecha 24 de marzo de 2009. En tal caso, la competencia para declarar el incumplimiento vendría atribuida al Consejo de la CNC (art. 42 RDC), pudiendo de dicha declaración derivarse una orden de incoación de un nuevo procedimiento sancionador a los efectos de instruir y resolver sobre la infracción calificada como muy grave por el artículo 62.4.c) de la LDC, *“incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”*. A esta infracción asocia la Ley una sanción de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora.

Al margen de la posible infracción por incumplimiento de resolución, así como de la multa coercitiva por desatender requerimientos de información de la DI, medida que como se señalará en posteriores párrafos tiene por fin exclusivo compeler al cumplimiento de un acto administrativo (cfr. art. 99 Ley 30/92), la DI podría también constatar indicios de comisión de la infracción prevista en el artículo 62.2.c) de la LDC, consistente en *“no haber suministrado a la CNC la información requerida por ésta o haber suministrado información incompleta, engañosa o falsa”*.

En consecuencia, la imposición de la multa coercitiva cuya legalidad aquí se revisa constituye una medida que no priva ni absorbe otras diversas posibilidades de actuación para vencer la resistencia de las recurrentes.

(v) Naturaleza jurídica de la multa coercitiva y desviación de poder.

La distinta naturaleza de las sanciones y las multas coercitivas, ha sido precisada con claridad en la jurisprudencia constitucional. Por todas, cabe citar la STC 239/1988, de 14 de diciembre: *“la multa coercitiva consiste en una medida de constreñimiento económico adoptada previo el oportuno apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa. No se inscriben por tanto, estas multas en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración prevista en nuestro ordenamiento jurídico (...) y respecto de la que no cabe predicar el doble fundamento de la legalidad sancionadora del artículo*

25.1 C.E (...) ya que como se ha dicho, no se castiga una conducta realizada porque sea antijurídica, sino que se constriñe a la realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta previamente fijada por el acto administrativo que se trata de ejecutar, y mediando la oportuna conminación o apercibimiento”.

En su recurso, FEFE, APROFASE y APROFARMA alegan que los Acuerdos de la DI impugnados incurren en desviación de poder al pretender obtener una información según lo previsto en el artículo 39 LDC, relativo a los deberes de colaboración e información, y no para conseguir el fin previsto en el artículo 41 LDC, referido a la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos. Tampoco es posible aceptar esta consideración, puesto que el artículo 39 LDC, ubicado en sede de facultades de la CNC, en el marco de las disposiciones comunes a los procedimientos, establece un deber general de colaboración e información con la CNC vinculando tal deber a la aportación de datos e informaciones *“que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley”*. Esta genérica formulación configura el precepto como instrumento al servicio de la DI para el desarrollo de las competencias atribuidas a la misma, incluida entre ellas la de vigilancia de las resoluciones sancionadoras del Consejo de la CNC, como sucede en este caso.

QUINTO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme lo señalado en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por FEFE, APROFASE y APROFARMA supone verificar si los acuerdos recurridos han ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a las recurrentes, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, su desestimación.

(i) Ausencia de indefensión.

Respecto a la posible existencia de indefensión, aunque las recurrentes no la alegan, sí hacen referencia a que *“no podían atender el requerimiento, so pena de renunciar a su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”*; y a su *“derecho a no renunciar a la clara tutela judicial que les ha dispensado la Audiencia Nacional”*.

Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en su Resolución de 5 de marzo de 2012 (Expediente R/0094/11, TRANSCALIT) en las que se declara que *“El Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses”* señalando que *“la indefensión supone una limitación de los*

medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes". Es decir, que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución Española es sólo aquélla que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa. Estima, por tanto, la Jurisprudencia Constitucional que *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (STC 71/1984, 64/1986).

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que los Acuerdos de la DI de 20 de marzo de 2013 y 1 de abril de 2013 ocasionen indefensión a FEFE, APROFASE o a APROFARMA. Las recurrentes han tenido amplias posibilidades de defensa tanto en vía administrativa como contenciosa, de las que han hecho uso, respecto de la Resolución de 24 de marzo de 2009, origen inmediato del requerimiento de información. Respecto de este último, y de los Acuerdos de la DI de 20 de marzo de 2013 y de 1 de abril de 2013, en los que se imponen multas coercitivas y se concede un nuevo plazo para el cumplimiento del deber de colaboración y contestación al previo requerimiento de información, las recurrentes disponen, como refleja este recurso, de amplias posibilidades de alegar lo que estimen oportuno y de ejercer su derecho de defensa en la forma que consideren más favorable a sus intereses.

Las recurrentes señalan en su recurso que los Acuerdos de la DI producen una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (CE), dado que incurren en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1 LRJPAC.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar (Sentencia 205/1990, de 13 de diciembre) que *"la tutela judicial es un derecho de prestación que sólo puede ser reclamado de Jueces y Tribunales ordinarios integrantes del Poder Judicial (art. 117, apartado 1.º, de la Constitución) y, paralelamente, dispensado en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117, apartado 3.º). Es éste y no otro el criterio reiteradamente sustentado por el Tribunal Constitucional en una pluralidad de resoluciones (SSTC, 22/1982, fundamento jurídico 1.º, y 26/1983, fundamento jurídico 2.º, entre otras [...]). En definitiva la pretensión de aplicar la tutela judicial efectiva a los hechos resulta inadmisibile por razón de los sujetos frente a quienes se reclama esa tutela dado que no son órganos que posean naturaleza jurisdiccional."*

Asimismo, el Alto Tribunal (Sentencia 123/1987, de 15 de julio de 1987) ha recordado que *"no puede existir una violación del derecho a la tutela judicial efectiva referido a un acto de la Administración o norma reglamentaria, fuera del caso en que [...] en virtud de tal norma quedará impedido u obstaculizado el derecho de acceso a los tribunales de justicia."*

Dado que en este supuesto las recurrentes han tenido un amplio acceso a los órganos jurisdiccionales, para ejercitar sus derechos de defensa sin ninguna clase de traba, no cabe apreciar vulneración de la tutela judicial efectiva con motivo de un acto administrativo que pretende vigilar, conforme a las competencias de la

Administración actuante, el cumplimiento de una previa resolución administrativa, plenamente ejecutiva salvo en lo relativo a la obligación de pago de la multa, aspecto éste último no vinculado al requerimiento de información.

En el caso de APROFASE y APROFARMA, el procedimiento judicial resultante de la impugnación contencioso-administrativa de la Resolución de la CNC de 24 de marzo de 2009 ha finalizado, de forma que su tutela judicial efectiva ha desarrollado toda su virtualidad y ha sido otorgada en los términos que la Audiencia Nacional primero (Sentencia de 18 de enero de 2011) y el Tribunal Supremo posteriormente (Auto de 3 de noviembre de 2011) han considerado ajustados a Derecho.

(ii) Ausencia de perjuicio irreparable.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el art. 47 LDC para que pueda prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable *"aquél que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

Alegan las recurrentes la lesión se concreta en que se les haya impuesto una multa coercitiva. Como se ha anticipado en los antecedentes de hecho, las multas coercitivas impuestas por los Acuerdos recurridos ascienden a 3.600 euros (en el caso de FEFE) y 1.800 euros (importe coincidente para APROFASE y APROFARMA). Las recurrentes no formulan en su recurso consideración alguna que permita apreciar el carácter irreparable de la imposición de unas multas coercitivas de tal cuantía.

El importe en el cual la DI decidió concretar la multa coercitiva debía de inducir a cumplir con la obligación de aportar la información requerida, pues tal y como dispone el artículo 99 de la LRJ-PAC, de aplicación supletoria conforme a lo dispuesto en el artículo 45 LDC, *"Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen, las Administraciones Públicas pueden, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado"*.

Asimismo, se debe subrayar que el artículo 67 LDC establece que la cuantía diaria de la multa coercitiva que se fije puede alcanzar hasta los 12.000 euros, mientras que la multa fijada en este caso fue muy inferior a esa cifra. Así, para el periodo transcurrido tras la segunda reiteración, se fijó una cuantía que ascendía a 600 euros diarios, mientras que para el comprendido entre la tercera reiteración a la que se acompaña imposición de multa coercitiva y la fecha actual, la cuantía de la misma se ha elevado a 1.000 euros en atención a la persistencia en el incumplimiento y con el objeto de incrementar la eficacia coercitiva de la propia multa.

Por todo ello, este Consejo entiende que la cuantía de la multa coercitiva impuesta por la DI es acorde con la importancia de la información demandada y las características de las recurrentes, y que los Acuerdos impugnados están suficientemente motivados en lo que a este extremo se refiere, limitándose a ejecutar lo dispuesto en Acuerdos anteriores.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, EL CONSEJO

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles, la Asociación Profesional de Oficinas de Farmacia de Sevilla y la Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacias de Málaga, contra los Acuerdos de la Dirección de Investigación de 20 de marzo de 2013 y 1 de abril de 2013, en los que se imponen multas coercitivas y se concede un nuevo plazo para el cumplimiento del deber de colaboración y contestación a un previo requerimiento de información, con advertencia de imposición de nueva multa coercitiva.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.