

Id. Cendoj: 28079130032014100275
Organo: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha de resolución: 24/10/2014

Nº Recurso: 1220/2011

Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

Procedimiento: CONTENCIOSO

Idioma: Español

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo

Contencioso-Administrativo

Sección: TERCERA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 24/10/2014

RECURSO CASACION Recurso Núm.: 1220/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 07/10/2014

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Ponente: Excma. Sra. D^a. María Isabel Perelló Doménech **Secretaría de Sala**
: Ilma. Sra. D^{ña}. Aurelia Lorente Lamarca **Escrito por:** BPM

Nota:

Sanción. Defensa de la Competencia. Productos Farmacéuticos

Genéricos (Expdte.649/2008).

-FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE FARMACÉUTICOS ESPAÑOLES (FEFE).-

RECURSO CASACION Num.: 1220/2011

Votación: 07/10/2014

Ponente Excma. Sra. D^a.: María Isabel Perelló Doménech

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. D^{ña}. Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: TERCERA

S E N T E N C I A

Excmos. Sres.: Presidente:

D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Manuel Campos Sánchez Bordona

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D^a. María Isabel Perelló Doménech

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Octubre de dos mil catorce.

VISTO el recurso de casación registrado bajo el número 1220/2011, interpuesto por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González- Carvajal, en representación de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE FARMACÉUTICOS ESPAÑOLES (FEFE), de la CONFEDERACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA DE ANDALUCÍA (CEOFA), de la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESARIOS DE OFICINAS DE FARMACIA DE LA PROVINCIA DE MÁLAGA (APROFARMA), y de la ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESARIOS DE OFICINAS DE FARMACIA DE LA PROVINCIA DE SEVILLA (APROFASE), con la asistencia de Letrado, contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo 266/2009, sobre sanciones. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 266/2009, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 18 de enero de 2011, cuyo fallo dice literalmente:

« ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE FARMACÉUTICOS ESPAÑOLES (FEFE), CONFEDERACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA DE ANDALUCÍA (CEOFA), ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESARIOS DE OFICINAS DE FARMACIA DE LA OFICINA DE MÁLAGA (APROFARMA) Y ASOCIACIÓN 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 (sic) (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 .» .

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia prepararon el Abogado del Estado y la representación procesal de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE FARMACÉUTICOS ESPAÑOLES (FEFE), la CONFEDERACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA DE ANDALUCÍA (CEOFA), ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESARIOS DE OFICINAS DE FARMACIA DE LA PROVINCIA DE MÁLAGA (APROFARMA), y ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESARIOS DE OFICINAS DE FARMACIA DE LA PROVINCIA DE SEVILLA (APROFASE) recursos de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparados mediante diligencia de ordenación de fecha 14 de febrero de 2011 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de las recurrentes, FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE FARMACÉUTICOS ESPAÑOLES (FEFE), la CONFEDERACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA DE ANDALUCÍA (CEOFA), ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESARIOS DE OFICINAS DE FARMACIA DE LA PROVINCIA DE MÁLAGA (APROFARMA), y ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESARIOS DE OFICINAS DE FARMACIA DE LA PROVINCIA DE SEVILLA (APROFASE), compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha

1 de abril de 2011, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente suplico:

que tenga por presentado este escrito y por interpuesto en tiempo y forma recurso de casación contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Sexta), de 18 de enero de 2011, recurso 266/2009 , y, *teniendo en cuenta lo expresado en el cuerpo de este escrito estime el presente recurso, casando y anulando la Sentencia impugnada, dicte Sentencia por la que:*

1. con estimación de los tres primeros motivos o de alguno de ellos, declare que no es conforme a derecho y anule la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 24 de marzo de 2009, expte 649/08, por inexistencia de práctica restrictiva de la competencia.

2. subsidiariamente con estimación del cuarto motivo, declare que no es conforme a derecho y anule la sanción impuesta a mis mandantes por estimar que no concurre el elemento volitivo del injusto en la conducta analizado en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 24 de marzo de 2009, expte 649/08.

*3. subsidiariamente con estimación del quinto motivo, declare que no es conforme a derecho la sanción impuesta a mis mandantes por estimar que la multa impuesta infringe el ordenamiento y la *jurisprudencia aplicables en cuanto a su determinación, motivación y proporcionalidad.* » .*

CUARTO.- Por Decreto de 18 de abril de 2011, se declara desierto el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado en nombre de la Administración del Estado y continuar el procedimiento respecto de los demás recurrentes.

QUINTO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 3 de noviembre de 2011, cuya parte dispositiva dice literalmente:

« 1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por CONFEDERACIÓN DE OFICINAS DE FARMACIA DE ANDALUCÍA (CEOFA), ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESARIOS DE OFICINAS DE FARMACIA DE LA OFICINA DE MÁLAGA (APROFARMA) Y ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESARIOS DE OFICINAS DE FARMACIA DE LA PROVINCIA DE SEVILLA (APROFASE), contra la Sentencia de 18 de enero de 2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso número 266/2009 , *sobre procedimiento sancionador en materia de competencia, con imposición a estas recurrentes de las costas procesales causadas en este recurso, señalándose como cantidad máxima a reclamar por la parte recurrida en concepto de honorarios de letrado la de 600 €.*

2º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE FARMACÉUTICOS ESPAÑOLES (FEFE), cuya sanción de multa asciende a 200.000 euros; remítanse las actuaciones a la Sección Tercera, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos. » .

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 21 de diciembre de 2011, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito presentado el día 8 de febrero de 2012, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente suplico:

Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenerle, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; seguir el procedimiento por todos sus trámites y, en su día, dictar sentencia por la que, condesestimación del recurso confirme la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la LJCA. .

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 11 de febrero de 2014, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 6 de mayo de 2014, fecha en que tuvo lugar el acto, continuando la deliberación el día 14 de octubre de 2014, y, al no conformarse el citado Magistrado Ponente con el voto de la mayoría, declinó la redacción de esta resolución, asumiéndola, de conformidad con lo establecido en el artículo 206 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Magistrada Excma. Sra. Doña María Isabel Perelló Doménech.

Siendo Ponente la Excma. Sra. D^a. María Isabel Perelló Doménech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El objeto del presente recurso de casación es la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2011, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), la Confederación de Oficinas de Farmacia de Andalucía (CEOFA), la Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacia de la Oficina de Málaga (APROFARMA), y la Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacia de la Provincia de Sevilla (APROFASE), declarando conforme a derecho la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de diciembre de 2009, salvo el apartado segundo relativo al importe de la sanción que se reduce al 50% para cada uno de los sancionados en el expediente 649/08 - productos farmacéuticos genéricos-.

La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia impugnada, había acordado: 1º) calificar las actuaciones y conductas seguidas por FEFE, APROFARMA,

APROFASE y CEOFA, como 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, conductas que infringen lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 16/1987, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; 2º) Considerar responsables de esa conducta restrictiva a las citadas anteriormente imponiéndoles como autores, las siguientes sanciones económicas: a FEFE de 400.000 €, a CEOFA de 300.000 €, a APROFARMA de 150.000 €, y a APROFASE de 150.000 €; 3º) les intimaba para que se abstuvieran en lo sucesivo de realizar prácticas semanales, dirigiendo a sus asociados y partícipes las comunicaciones necesarias al efecto; 4º) ordenaba la publicación a costa de las autoras, de la parte dispositiva de la resolución, en el BOE y en uno de los periódicos de ámbito nacional, con sede en Andalucía, debiendo las mismas difundir el texto íntegro de la resolución entre sus asociados y partícipes, bajo multa coercitiva de 3.000 €; 5º) debiendo acreditar ante la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia el correcto cumplimiento de todo lo acordado.

Las razones que determinaron la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo promovido por las reseñadas entidades son las siguientes:

[...] Indica el recurrente que existe una explicación alternativa más razonable de los hechos, señalando que la finalidad de las comunicaciones era meramente informativa dada la confusión que se podía crear entre el término medicamentos más baratos y el medicamento de menor precio relacionados en la anexo 5 y por otra parte se limitaba a dar una información sobre las consecuencias de la aplicación de la nueva normativa.

Ciertamente como señala la parte recurrente "el medicamento que tenga menor precio" conforme a lo establecido en el artículo 93.2 de la Ley 29/2006 no es el que en ese momento tenga el menor precio en el mercado sino el que figura en la correspondiente orden ministerial como el de menor precio. Así lo establece la disposición adicional quinta de dicha Ley al indicar que "a efectos de lo previsto en los artículos 85, 86 y 93.4 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, los precios menores correspondientes a dichas presentaciones de medicamentos son los que se relacionan

en el anejo 5 de esta orden, que será adaptado y actualizado semestralmente mediante resolución de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios". Por tanto de la lectura de ese artículo se deduce que cuando se prescriba por principio activo se puede dispensar medicamentos con los precios establecidos en la correspondiente orden ministerial (en el momento de los hechos la orden 3997/2006) o por debajo de los mismos.

Como acertadamente señala la resolución recurrida los términos en que estaban redactado el comunicado y que motivo la denuncia de DAVUR ante la CNC excedían de una mera información de la nueva normativa aplicable y ello por las siguientes razones:

1). El anuncio de DAVUR no iba dirigido a los farmacéuticos para fomentar que los mismos dispensaran sus medicamentos genéricos en caso de prescripción por principio activo sino que se trataba como reconoce la propia FEFE en el inicio de su comunicación de "una campaña publicitaria dirigida específicamente a los médicos" por lo tanto no consta que la finalidad de la campaña como se afirma en el comunicado es que en caso de que se prescriba por principio activo el farmacéutico dispense el fármaco mas barato del mercado "como pretende DAVUR" ya que esa campaña iba dirigida a los médicos pretendiendo DAVUR que los médicos realizaran una prescripción del medicamento genérico de ese laboratorio (EFG) y no una prescripción por principio activo al ser el más barato del mercado. Es decir el anuncio iba dirigido a fomentar su prescripción por el médico, no su dispensación por el farmacéutico. Por ello cuando en el anuncio de DAVUR se indica que "con estos precios se respeta y mucho su prescripción" no da a entender que los farmacéuticos no respetan la prescripción médica como afirma el anuncio ya que conforme al artículo 77 de la Ley los médicos son los únicos profesionales junto con los odontólogos "con facultad para ordenar la prescripción de medicamentos". y como establece el artículo 86 de la Ley 29/2006 "El farmacéutico dispensará el medicamento prescrito por el médico".

2) La Circular de 8 de marzo de 2007 de CEOFA y la Circular 6/07 de 30 de marzo de 2007 de APROFARMA añadía un párrafo a la Circular de la FEFE que daba a

entender la existencia de una obligación del farmacéutico de dispensar el medicamentos con los precios establecidos en la correspondiente orden ministerial pero no por debajo de los mismos, por lo que más que aclarar las posibles dudas generadas con la aplicación del nuevo sistema realizaba una recomendación contraria a la misma: "ante una prescripción por principio activo sometido a precio de referencia, el farmacéutico dispensará el medicamento de "menor precio", y en caso de igual precio, el genérico que figure en el anexo 5 publicado .¡Ojo, el que figure en el Anexo 5 de la Orden 3997/2006, no otros, aunque tengan precio inferior, por no estar publicados!".

3) Para informar sobre el medicamento que se puede dispensar cuando se prescriba por principio activo no hacía falta referirse a un concreto laboratorio y en este caso en la carta enviada se hace referencia a un concreto laboratorio que había fijado precios genéricos por debajo del precio de referencia (junto a la circular se remitió una copia de la última publicidad de Laboratorios Davur donde figuraban los nuevos precios de referencia) haciendo referencia además a que el porcentaje medio de bajada era del 16%.

4) Esa carta se envió a otros laboratorios y no sólo a las oficinas de farmacia por lo que se puede entender como un "aviso a navegantes" de las medidas que podían adoptarse por los farmacéuticos en caso de que se realizara una política de reducción de precios por debajo del precio de referencia.

5) No se limita a informar sino que se hace referencia al perjuicio concreto que ocasionaba la bajada de precios por parte de DAVUR que era que los farmacéuticos percibirían en el ejercicio siguiente cantidades inferiores al disminuir el precio de referencia "estas reducciones voluntarias serán las que decidan los precios del próximo anexo 5 que entrará en vigor en verano, y que causará una nueva bajada generalizada de precios de todos los productos que opten a ser dispensados cuando exista una prescripción por D.O.E."

6) La información sobre la forma de dispensación en caso de prescripción por principio activo se da no por la confusión generada entre los farmacéuticos sino como consecuencia de los graves daños ocasionados por la actitud de los Laboratorios DAVUR y así se indica en el último párrafo del anuncio "Así pues, dadas estas actitudes, que nos ocasionan enormes daños, os recordamos que ante una prescripción por principio activo.....".

Indica el recurrente que en el comunicado al indicar que "dadas estas actitudes, que nos ocasionan enormes daños" se refería a que la bajada de precios de referencia va a influir en la devaluación del precio de los stocks de medicamentos. Ello no se dice en dicho anuncio y por otra parte no consta acreditado que esa devaluación del precio del stock la vaya a soportar el farmacéutico por cuanto la disposición adicional cuarta de la Orden 3997/2006, de 28 diciembre 2006 se refiere expresamente a la devolución de las existencias señalando que podrán seguir comercializándose a dicho precio hasta el 28 de febrero de 2007 y que las oficinas de farmacia podrán devolver a los laboratorios farmacéuticos, a partir del 1 de marzo de 2007 las existencias de las presentaciones con precio en el embalaje anterior a las reducciones establecidas en dicha Orden.

Señala la parte recurrente, que con esa expresión "enormes daños" también se refería al hecho de que si la bajada de precios se realiza por un laboratorio con una capacidad reducida de fabricación y abastecimiento a las farmacias se les presenta un problema ya que no estarán disponibles para ser dispensadas las unidades demandadas. En relación a este punto hay que indicar que ese posible desabastecimiento por falta de producción del laboratorio no causa "enormes daños" a las oficinas de farmacia sino en su caso a los pacientes que se le ha sido recetado en el caso de que se trate de un medicamento que sea el único registrado en España y su desabastecimiento provoque laguna terapéutica, con el consiguiente problema de imposibilitar un tratamiento médico al paciente que lo requiera, que no es el caso de los medicamentos genéricos producidos por DAVUR al ser medicamentos con alternativa terapéutica con otros y que pueden ser fácilmente sustituidos directamente por el farmacéutico en la dispensación, no comportando problemas sobre la atención farmacéutica al paciente. Ciertamente en el caso de que en la receta medica se

prescriba por equivalente farmacéutico genérico (EFG) y en concreto un medicamento genérico de laboratorio DAVUR que tenga un precio inferior al precio de referencia el farmacéutico está obligado a dispensar ese medicamento conforme a lo dispuesto en el artículo 86.1 de la Ley 29/2006, pero ello tiene una excepción y es el supuesto en que exista un desabastecimiento en que puede proceder a la sustitución por un medicamento y así dispone el artículo 86.2 que "Con carácter excepcional, cuando por causa de desabastecimiento no se disponga en la oficina de farmacia del medicamento prescrito o concurren razones de urgente necesidad en su dispensación, el farmacéutico podrá sustituirlo por el de menor precio". El de menor precio según esa norma no es el que en ese momento tenga el menor precio en el mercado (que parecía era el de laboratorios DAVUR) sino el que figura en la correspondiente orden ministerial como el de menor precio a tenor de lo dispuesto en la disposición adicional quinta de la orden ya comentado y que expresamente se refiere al artículo 86. A ello hay que añadir que no consta en las actuaciones comunicada por las Oficinas de Farmacia a la autoridad competente ninguna falta de desabastecimiento de los laboratorios DAVUR correspondiendo conforme al artículo 2 de la Ley 29/2006 al Gobierno "asegurar el abastecimiento" y a las oficinas de farmacia dispensarlos en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas. Por tanto ningún daño se ocasiona a las oficinas de farmacia ya que aun en el supuesto de que hubiera un desabastecimiento del medicamento de los laboratorios DAVUR la Ley expresamente establece los criterios para proceder a la sustitución.

Considera el recurrente que la finalidad de dicho comunicado no puede ser como indica la CNC dar pautas de actuación en relación a un concreto Laboratorio que ha fijado precios de medicamentos genéricos por debajo del precio de referencia por cuanto estas serían ineficaces ya que en el caso más extremo, aunque las Farmacias españolas no hubieran vendido un solo medicamento de Laboratorios DAVUR sus rebajas de precios habrían computado en la siguiente fijación administrativa de los precios de referencia ya que desde el momento de que esas bajadas de precios se comunicaron a la Administración pasaron automáticamente a integrar los precios a tener en cuenta en la siguiente fijación administrativa de los precios de referencia. Ello es cierto, pero hay que tener en cuenta que la fijación administrativa de precios de

referencia se hace con una periodicidad determinada y por tanto lo que se pretendía evitar era que por parte de Laboratorios DAVUR se siguiera en la misma línea de bajada de precios y que influyera en las sucesivas revisiones que se hicieran en los precios de referencia.

Por tanto no se puede afirmar que la finalidad de dicha comunicación a tenor de su contenido fuera la de informar del régimen jurídico vigente en cuanto a la dispensación de medicamentos genéricos prescritos por principio activo sino dar pautas de actuación a todos los farmacéuticos ante dicha campaña realizada por DAVUR con independencia de que dichas pautas se siguieran o no por los farmacéuticos.

[...] Alega el recurrente que las afirmaciones de la resolución recurrida de que los efectos no han sido constatados y de que la conducta imputada tiene un potencial efecto lesivo significa que la resolución sancionadora se basa en indicios.

En este caso a diferencia del caso citado por el recurrente (resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de marzo de 2003 autoescuelas de Coslada (expediente 532/02) no se trata de un supuesto de una concertación tacita sino un comunicado publicado en prensa y remitido a todas las oficinas de farmacia y tres circulares cuya finalidad conforme a lo razonado en el apartado anterior es 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.

Ciertamente los efectos de la conducta por la publicación de los anuncios y envío de las circulares a todas las oficinas de farmacia del mercado nacional o sus asociados por la entidades imputadas no han sido constatados y así se declara en el fundamento de derecho sexto de la resolución recurrida haciendo referencia a que DAVUR no había constatado la ruptura de ninguna relación comercial con las farmacias y las ventas experimentaron un notable ascenso general y por otra parte como añade el recurrente no consta que la autoridad administrativa competente abriera expedientes con motivo de que las farmacias no hubieran respetado la normativa referente a los procesos de dispensación.

No obstante ello hay que precisar que el hecho de que el volumen de ventas en las Oficinas de farmacia de los medicamentos de DAVUR experimentaran un incremento puede deberse a que los médicos como consecuencia de la campaña de DAVUR de fijación de precios de genéricos por debajo del precio de referencia comenzaron a realizar prescripciones por especialidad farmacéutica genérica y en concreto recetaran un medicamento genérico de laboratorios DAVUR (EFG) estando las farmacias obligadas a dispensarlo y no por el hecho de que ante una prescripción por principio activo sin referencia a un genérico de un concreto laboratorio (DCI) en que los farmacéuticos podían optar por dispensar un medicamento con los precios establecidos en la correspondiente orden ministerial (en el momento de los hechos la orden 3997/2006) o por debajo de los mismos) decidieran dispensar el medicamento genérico de DAVUR.

El hecho de que no se haya constatado la existencia de repercusiones concretas en el mercado no determina que no se haya producido la infracción. Debe tenerse en cuenta que se trata de una conducta potencialmente lesiva por su objeto, ya que la divulgación de la carta tenía como finalidad la intervención de forma indirecta en la fijación de los precios de los genéricos. Es decir lo que se pretende es evitar políticas comerciales como las de DAVUR provoquen una bajada en los precios de referencia que periódicamente determina el Ministerio de Sanidad con la consiguiente reducción de los ingresos en las oficinas de farmacia

En la parte dispositiva la Sala acordó la estimación parcial del recurso declarando conforme a derecho la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de diciembre de 2009 (sic) (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.

SEGUNDO. - La Sala mediante Auto de 3 de noviembre de 2011, acordó inadmitir el recurso de casación interpuesto por la Confederación de Oficinas de Farmacia de Andalucía (CEOFA), la Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacia

de la Oficina de Málaga (APROFARMA), y la Asociación Profesional de Empresarios de Oficinas de Farmacia de la Provincia de Sevilla (APROFASE) por razón de la cuantía; y admitirlo en cuanto al interpuesto por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE) cuya multa asciende a 200.000 €.

Analizaremos el recurso de casación interpuesto por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), que se articula sobre cinco motivos de impugnación formulados al amparo del artículo 88.1 de la LJCA, de los cuales el primero, segundo y cuarto de ellos se acogen al cauce del apartado d), el tercero por el cauce del apartado c), y por último el motivo quinto acogido a los apartados c) y d) del citado artículo.

De los motivos formulados al amparo del apartado d), se invocan respectivamente: en el primer motivo de casación, la infracción del art.1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, el artículo 93 y concordantes de la Ley 29/2006 de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y la jurisprudencia que los aplica; en el segundo motivo, la infracción del artículo 386 LEC; y en el cuarto motivo casacional, censura la Sentencia por infringir los Derechos Fundamentales reconocidos en los artículos 24 y 25 CE frente a la Potestad Sancionadora de la Administración, el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, el Principio de Culpabilidad, así como la jurisprudencia recogida en las STS de 9 de marzo de 2005 y 11 de octubre de 2006, en atención a la inexistencia del elemento volitivo del injusto.

En el tercer motivo formulado al amparo del apartado c), se invoca la infracción de las normas reguladoras de la Sentencia, artículos 24 y 120 CE, y 67 LJCA.

El quinto motivo de casación, se encuentra formulado al amparo de los apartados c) y d) del mencionado artículo 88.1 de la LJCA, censurando la Sentencia por infringir los artículos 24 y 25 CE, el artículo 131.3 de Ley 30/1992, en relación con el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por vulneración del principio de proporcionalidad en la fijación y graduación de la sanción; igualmente, por infracción de la jurisprudencia aplicada por la propia Sentencia recurrida en la fijación

de la cuantía (SSTS de 5 de marzo de 2001, 24 de mayo de 2004, 12 de junio de 2006, 14 de febrero de 2007, 19 de marzo de 2008 y 8 de octubre de 2001). Y finalmente por infracción del derecho a obtener una respuesta judicial motivada (derecho de la tutela judicial efectiva, art. 24 CE), así como el artículo 120.3 CE y 218.2 LEC, en la determinación del importe de la sanción.

TERCERO. - Comenzaremos analizando el tercer motivo de casación, fundado en la infracción de las normas reguladoras de la Sentencia establecidas en el artículo 67 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y de los artículos 24 y 120 de la Constitución, que, por razones de orden procesal examinamos de forma prioritaria. El motivo no puede ser acogido, puesto que consideramos que la Sala de instancia no incurre en el vicio procesal de incongruencia omisiva, por no dar respuesta -según se aduce- al motivo de impugnación expuesto en el fundamento jurídico material quinto del escrito de demanda, relativo a que «la recomendación resulta de la aplicación de la Ley». En la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, se exponen de forma suficiente -resulta palmario desde ésta perspectiva formal-, las razones por las que se califican de ilícita la conducta de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), y se considera subsumible en el concepto de conductas prohibidas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1. de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia al tratarse de «una conducta potencialmente lesiva por su objeto de la competencia», ya que tiene como finalidad la intervención de forma indirecta en «la fijación de los precios de los (medicamentos) genéricos», que no se encuentra avalada por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. La Sala de instancia, de forma motivada expone que la medida pretende boicotear políticas comerciales, como la emprendida por el laboratorio Davur de reducción de precios, excluye, implícitamente, que sea de aplicación la excepción contemplada en el artículo 2.1 del citado texto legal.

En efecto, la Sala de instancia analiza de forma pormenorizada todas las alegaciones formuladas con carácter sustancial por la Federación recurrente, para fundamentar la pretensión de que se declare la nulidad de la resolución del Consejo de la Comisión

Nacional de la Competencia de 24 de marzo de 2009 y, aunque no se cite expresamente en la fundamentación jurídica de la Sentencia impugnada el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, que se menciona en el escrito de demanda sin ofrecer un desarrollo argumental convincente, cabe entender del conjunto de los razonamientos expuestos por el Tribunal sentenciador que se descarta que la recomendación colectiva sea conforme a Derecho por resultar de la aplicación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en cuanto se sostiene de forma expresa que la conducta enjuiciada «es apta para restringir la competencia», «teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en que se produce la recomendación», y -se insiste-, que «su finalidad era adoptar medidas frente a un laboratorio que había fijado el precio de sus genéricos por debajo del precio de referencia», y que «éstas bajadas voluntarias de precios tiene una incidencia directa en la determinación de los precios de referencia ulteriores», lo que a su juicio (que no compartimos) evidencia la antijuridicidad de la comunicación difundida.

A estos efectos, resulta oportuno recordar que, según una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 67/2007, de 27 de marzo, y que se reitera, sustancialmente, en las SSTC 44/2008, de 10 de marzo, 9/2009, de 12 de enero, y 24/2010, de 27 de abril, para que pueda declararse que un órgano judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución, por falta de respuesta a las cuestiones planteadas en los escritos rectores del proceso, es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos:

Según dijimos en nuestra STC 52/2005, de 14 de marzo, "forma parte de la jurisprudencia sentada por este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva que determinados supuestos de falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes en el proceso constituyen denegaciones de justicia en sentido propio y aparecen por ello vedadas por el art. 24.1 CE. Tal lesión del derecho a la tutela judicial efectiva con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste. No es el nuestro en tales casos un

juicio acerca de 'la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo', sino sobre el 'desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes' (SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3; 53/1999, de 12 de abril, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). Como recordaba recientemente la STC 8/2004, de 9 de febrero, se trata de'un quebrantamiento de forma que ... provoca la indefensión de alguno de los justiciables alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia' (FJ 4).

a) En la lógica de la cuestión fundamental no resuelta por el órgano judicial, constituye el primer requisito de la incongruencia omisiva que infringe el art. 24.1 CE el de que dicha cuestión fuera'efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno' (STC 5/2001, de 15 de enero, FJ 4; también, entre otras, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 206/1998, de 26 de octubre, FJ 2).

b) Debe reseñarse, en segundo lugar, que no se trata de cualquier cuestión, sino, en rigor, de una pretensión, de una petición que tiene lugar en el proceso en virtud de una determinada fundamentación o causa petendi. Como subrayaban las SSTC 124/2000, de 16 de mayo, y 40/2001, de 12 de febrero, 'el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y petitum. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre' (FJ 3 en ambas). ... [La constricción de la incongruencia omisiva relevante a la que tiene por objeto la pretensión procesal distingue estos supuestos de los que se suscitan por falta de respuesta a las alegaciones no sustanciales con las que se quiere avalar las pretensiones. Estos últimos supuestos no deben analizarse desde la perspectiva de la inexistencia de respuesta judicial, sino desde la menos rigurosa de la motivación de la misma ...

c) Obvio es decir que el tercero de los requisitos de la incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva es la falta de respuesta del órgano judicial a la pretensión debidamente planteada por una de las partes en el proceso. Tal falta de respuesta no debe hacerse equivaler a la falta de respuesta expresa, pues los requisitos constitucionales mínimos de la tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita, análisis éste que exigirá una cuidadosa y particularizada atención al tenor de la resolución impugnada (por todas, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 56/1996, de 15 de abril, FJ 4; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). Para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita tal -y, con ello, de una mera omisión sin trascendencia constitucional- 'es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundadores de la respuesta tácita' (SSTC 1/2001, de 15 de enero, FJ 4; 141/2002, de 17 de junio, FJ 3). En tal sentido 'no se produce incongruencia omisiva prohibida por el art. 24.1 de la Constitución, cuando la falta de respuesta judicial se refiera a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopta respecto de otras pretensiones que, siendo de enjuiciamiento preferente, determinen que su estimación haga innecesario o improcedente pronunciarse sobre éstas, como ocurre en el ejemplo típico de estimación de un defecto formal que impida o prive de sentido entrar en la resolución de la cuestión de fondo' (STC 4/1994, de 17 de enero, FJ 2)" (FJ 2) .

Y debe asimismo referirse, que, desde la perspectiva de poder considerar infringido el principio de congruencia, en razón de la naturaleza del recurso contencioso-administrativo, cabe distinguir el distinto grado de vinculación del Juez contencioso- administrativo según se trate de dar respuesta explícita y pormenorizada a las pretensiones deducidas por las partes, a los motivos de impugnación y a lo que son meras alegaciones o argumentaciones jurídicas, según se declara en la sentencia constitucional 278/2006, de 27 de septiembre:

[...] debemos considerar que en todo proceso contencioso- administrativo la demanda incorpora necesariamente una pretensión en relación con la actuación administrativa impugnada (sea de declaración de disconformidad con el ordenamiento

jurídico, de anulación del acto o resolución, de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y adopción de medidas para su pleno restablecimiento, de condena o de cese de una actuación material, ex arts. 31 y 32 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa: LJCA). Cualesquiera que sean, las pretensiones han de fundamentarse en concretos motivos aducidos en defensa de la ilegalidad de la actuación administrativa; pudiendo contraponer las partes demandadas, a su vez, motivos de oposición a las pretensiones. Finalmente, los motivos de impugnación o de oposición han de hacerse patentes al órgano judicial mediante las necesarias argumentaciones jurídicas.

Las anteriores consideraciones cobran particular relevancia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la cual es su propia norma reguladora la que ordena a los Tribunales de esta jurisdicción que fallen no sólo «dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes» sino dentro también «de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición» (art. 33.1 LJCA). Como afirmamos en la STC 100/2004, de 2 de junio (FJ 6), en el proceso contencioso-administrativo adquieren especial relevancia los motivos aducidos para basar la ilegalidad de la actuación administrativa (en el mismo sentido, las SSTC 146/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 95/2005, de 18 de abril, FJ 2.b; y 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2).

Ahora bien, frente a la estricta vinculación del juzgador a las pretensiones de las partes, por el contrario su vinculación es sólo relativa en relación con los motivos de impugnación u oposición, pues el órgano judicial dispone de la facultad de introducir en el debate procesal motivos no apreciados por las partes, ya sea en el trámite de la vista o conclusiones (art. 65.2 LJCA) o en el momento de dictar sentencia (art. 33.2 LJCA), a salvo la prohibición de que el órgano judicial lleve a cabo por sí mismo la subsunción de los hechos bajo preceptos legales seleccionados por él ex novo con el objeto de mantener una sanción administrativa (STC 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 4.c). [...]

*c) Por último, cuanto antecede no comporta que el Juez esté constreñido por las alegaciones y razonamientos jurídicos de las partes. A salvo las particularidades de las normas sancionadoras, el principio procesal plasmado en los aforismos *iura novit curia**

y da mihi factum, dabo tibi ius permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes, pudiendo así recurrir a argumentaciones jurídicas propias distintas de las empleadas por las partes, si conducen a aceptar o rechazar las pretensiones deducidas o los motivos planteados por las mismas (desde la inicial STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 2, hasta la más reciente STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 8) .

En suma, en consideración a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo expuestas, podemos concluir el examen del tercer motivo de casación con el reconocimiento de que la Sala de instancia no ha incurrido en incongruencia omisiva o *ex silentio* , al comprobarse que la sentencia recurrida no elude pronunciarse sobre los argumentos formulados por la Federación recurrente en el escrito de demanda, respecto a la eventual cobertura de la conducta imputada en la Ley, al exponer con suficiente claridad porque se considera incardinable en las conductas prohibidas del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, y no resulta legitimada con base en la aplicación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, toda vez que por su objeto interfiere en las condiciones de competencia del mercado de medicamentos genéricos sometidos a prescripción médica y, trata de obviar la responsabilidad de las oficinas de farmacia en el control del gasto farmacéutico financiado por el sistema público de salud, por lo que no apreciamos un desajuste de carácter sustancial entre los términos en que quedó planteado el debate y el fallo, lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24 de la Constitución.

CUARTO .- En el primer motivo de casación que plantea la Federación recurrente al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional se denuncia la infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, al calificar las actuaciones y conductas desarrolladas por la Federación recurrente y demás entidades como "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."

La tesis central de la Federación Empresarial de Farmacéuticos consiste, en síntesis, en que el comunicado por ella emitido consistía en una mera información de la nueva normativa aplicable y combate en su motivo las consideraciones expuestas por la Sala de instancia que aprecia la existencia de una recomendación colectiva restrictiva de la competencia que subsume en el aludido artículo 1.1 Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia por las razones que expone en los distintos apartados del Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia.

En el desarrollo argumental del motivo aduce la recurrente que la conducta analizada no reúne las características identificadas por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo para ser considerada como una recomendación colectiva. Hace una primera referencia el motivo al mercado relevante, a la complejidad de la regulación en la materia con arreglo a los criterios incluidos en al Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, a la peculiaridad de la fijación del sistema de precios de referencia y posibilidad de estrangulamiento de los márgenes de comercialización - dispensación- y los medicamentos genéricos. Tras ello, analiza los anuncios publicitarios de Laboratorios DAVUR y el texto de las cartas remitidas por la Federación a los farmacéuticos "encartadas como publicidad en alguna publicación especializada del sector", para sostener que se ha producido un error en el argumentación jurídica de la Comisión Nacional de la Competencia y de la Audiencia Nacional determinante para la calificación jurídica de recomendación colectiva, que en su opinión, incurren en un claro y evidente error de derecho.

Continúa su alegato la Federación de Farmacéuticos afirmando que "la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia y la Sentencia de la Sala de instancia recurridas infringen también la jurisprudencia que ha interpretado los anteriores preceptos legales; que exigen que, en todo caso, la aplicación de las normas de competencia a un determinado acuerdo no se efectúe de manera abstracta, sino examinando en particular el contenido de sus disposiciones, el contexto económico y

jurídico en que se inscribe, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, y su aptitud para restringir la competencia de manera verosímil."

QUINTO.- La jurisprudencia de esta Sala Tercera se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el concepto de "recomendación colectiva" al que alude el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Este concepto se caracteriza por tratarse de acuerdos adoptados por entidades u operadores económicos dirigidos a homogeneizar o armonizar conductas de los destinatarios en detrimento de la independencia de comportamiento y de la libertad y autonomía de actuación. Reseñaremos algunos de los pronunciamientos de esta Sala en las que se ha interpretado y perfilado el contenido esencial de este concepto.

En la Sentencia de 6 de junio de 2006 (RC 8129/2003) consideramos que la conducta desarrollada por el Colegio de Farmacéuticos de Valencia era constitutiva de una recomendación colectiva en cuanto "del examen de su contenido se desprende inequívocamente que el colegio sancionado pretende en ejecución de los acuerdos adoptados por la Junta de Gobierno del Colegio, para que los farmacéuticos adopten en su practica comercial un determinado comportamiento que supone discriminar los productos de alimentación infantil, en respuesta de haber procedido esta firma comercial a distribuir sus productos en centros comerciales".

En la Sentencia de 17 de marzo de 2003 (RC 10.329/2001) apreciamos la existencia de una recomendación colectiva en la una asociación de concesionarios de automóviles por quedar acreditado que las conductas imputadas consistían en una acción concertada tendente a eliminar la incertidumbre en el comportamiento de los individuales competidores, y declaramos que aun cuando los acuerdo adoptados no tuvieran el carácter de vinculantes, si tenían virtualidad para generar entre sus miembros una cierta disposición o comportamiento que permite apreciar una recomendación colectiva.

En la Sentencia de 1 de diciembre de 2010 (RC 2685/2008) enjuiciamos la conducta de la Federación Gremial de Panadería y Pastelería de Valencia, consistente en la

indicación realizada tendente a fijar los precios de las piezas de pan era constitutiva de una recomendación colectiva, en cuanto sustituye la actuación independiente de los profesionales panaderos por una actuación colectiva que tiene como resultado la coordinación y unificación de las estrategias comerciales, limitando la competencia en el sector, no solo en los establecimientos participantes, sino también los de terceros, en perjuicio de los consumidores.

En la Sentencia de 22 de noviembre de 2013 (RC 4830/2010) analizamos las notas de prensa emitidas por la Asociación Empresarial de Transportes de Mercancías por Carretera de Vizcaya (ASETRAVI) y declaramos, que el primero de los comunicados no constituía una recomendación incardinable en el art 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia en cuanto dicha Asociación se limitaba a reseñar el alza de los precios del gasóleo durante los años 2004 y 2005 y se enmarcaba en una campaña dirigida a concienciar sobre la necesidad de revisar las tarifas vigentes, pero no contenía una recomendación de precios tendente a uniformizar las tarifas de la competencia, al incorporar una serie de valoraciones objetivas sobre los precios del combustible y no estar encaminada, en fin, a la consecución de un conducta coincidente en los precios ni a advertir de consecuencias negativas de su no aceptación. En la segunda de las notas que se examinaba en aquella ocasión, que tenía un distinto alcance y contenido, consideramos que dadas las circunstancias concurrentes, la singular intervención del Ministerio de Fomento, los acuerdos alcanzados y las medidas adoptadas por el Consejo de Ministros justificaban la conducta de la Asociación, que actuó en la confianza de que obraba dentro del marco legal y con respeto al principio de libre competencia.

De la jurisprudencia expuesta se desprende que la apreciación de la existencia de una recomendación colectiva subsumible en el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia es una materia eminentemente casuística en la que resulta relevante el contexto y las circunstancias concurrentes, que exige apreciar en cada caso la conducta enjuiciada y comprobar si se emiten pautas de actuación tendentes a uniformar comportamientos de los destinatarios. Con arreglo a lo razonado, procede

realizar un análisis del contexto y las circunstancias concurrentes en el momento de la emisión de la carta por la Federación Empresarial de Farmacéuticos.

Pues bien, al respecto cabe subrayar, por un lado, que esta comunicación se emite en respuesta de un previo comunicado del laboratorio Davur que informaba sobre la reducción de precios de ciertos medicamentos genéricos a que después nos referiremos. Por otra parte, el contexto en el que se remite la carta es un momento en el que se estaban introduciendo importantes cambios legales en la dispensación farmacéutica de este tipo de medicamentos genéricos.

En efecto, sobre esta materia de los precios de los medicamentos genéricos versa el artículo 93.2 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional del medicamento, que se refiere al "precio máximo seleccionado aplicable en cada caso". Por su parte, la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo SCO 3997/2006, de 28 de diciembre, por la que se determinan los conjuntos de medicamentos y sus precios de referencia y por la que se regulan determinados aspectos para la aplicación de lo dispuesto por la Ley 29/2006 de 26 de julio de 2006 de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que desarrolla el artículo 93 de la citada Ley contempla, la "determinación de los precios menores de los medicamentos a efectos de su dispensación y su sustitución por el farmacéutico", y la Disposición Adicional Quinta de dicha Orden Ministerial dispone que "a efectos de lo previsto en los artículos 85, 86 y 93.4 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, los precios menores correspondientes a dichas presentaciones de medicamentos son los que se relacionan en el anejo 5 de esta Orden que será adaptado y actualizado semestralmente mediante resolución de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios", en cuyo Anexo 5 se relacionaban los precios menores de cada principio activo. En lo que se refiere al contexto en el que se produce la remisión de la carta, es necesario destacar que Laboratorios Davur insertó el día 1 de marzo de 2007 en varias publicaciones médicas (Diario Medico, Salud Rural, 7 Días Médicos, y AMF) anuncios publicitarios de doce de sus productos genéricos en los que ponía de manifiesto y contrastaba por un lado, el precio mínimo con arreglo a la Orden SCO 3997/2006 de 28 de diciembre, y los "nuevos precios "Davur" indicando en cada uno de los productos farmacéuticos el

porcentaje diferenciador entre uno y otro precio. A lo anterior se añadían las expresiones "volvemos a poner el precio en su sitio. No hay ninguno tan económico" y finalmente se indicaba "con estos precios se respeta, y mucho, su prescripción".

Tras la publicación de dicho anuncio, es cuando la Federación de Farmacéuticos acuerda, en la Asamblea General Extraordinaria que tuvo lugar el día 11 de abril de 2007 enviar la carta que da inicio a los presentes autos y que genera la sanción de la Comisión Nacional de la Competencia.

En el Acta correspondiente a la aludida Asamblea, en la que se da cuenta del anuncio emitido por "Laboratorios Davur" se indica lo siguiente:

" Ante la confusión generada entre "medicamentos mas baratos" y medicamentos de "menor precio" relacionados en el Anexo 5, se acuerda por unanimidad enviar a todos los farmacéuticos con oficina de farmacia una carta en la que se le expongan claramente las obligaciones que le imponen en la nueva Orden Ministerial, ante la prescripción de un principio activo "

En cumplimiento de lo acordado, y en respuesta a los anuncios de Laboratorios Davur, la Federación de Farmacéuticos recurrente publicó la carta en El Global (publicación semanal de difusión nacional en el sector farmacéutico), las semanas del 9 al 15 y del 16 al 22 de abril de 2007.

Como se observa de lo expuesto, el envío de la carta por la Federación recurrente se produce como una respuesta al previo anuncio de la reducción de precios por Laboratorios Davur, como así se aprecia en la resolución sancionadora originaria que refiere que la carta es consecuencia del anuncio de los nuevos precios rebajados por Davur, siendo esta inicial publicación la que determina la comunicación de la Federación recurrente. Así se desprende de forma inequívoca del contenido del Acta que recoge que la intención de la remisión de la carta es aclarar la posible confusión conceptual originada a partir del anuncio de laboratorios Davur entre los medicamentos "más baratos" y los de "menor precio".

El contexto en el que se emite la carta es, pues, el de una actuación previa de un laboratorio que publicaba una información de unos precios de determinados medicamentos genéricos en la que se diferenciaba entre los precios mínimos establecidos en la Orden SCO 3997/2006 de 28 de diciembre, y los de dicho Laboratorio, que eran mas reducidos. Y la finalidad era la de "aclarar" tales conceptos incluidos en la legislación vigente, al no existir en el momento en que se envía la carta una ordenación pacífica y clara sobre el criterio de despacho de los medicamentos genéricos.

La carta de la Federación de Farmacéuticos objeto de sanción, fue remitida tanto a todas las farmacias de España como a algunos laboratorios, incluido Laboratorios DAVUR, y en la página web de la Federación.

En cuanto al contenido de la carta cabe hacer varias precisiones. Su texto es analizado por la Comisión Nacional de la Competencia y después, en vía de recurso contencioso administrativo por la Audiencia Nacional que, de forma coincidente, aprecian la existencia de señales dirigidas a los profesionales farmacéuticos para homogeneizar su comportamiento profesional en la dispensación de los medicamentos genéricos.

La Comisión Nacional de la Competencia considera que la conducta de la Federación recurrente no se ciñe a comunicar una determinada información, y afirma que la carta remitida a los farmacéuticos contenía señales (las consecuencias de la bajada de precios en los posteriores precios de referencia) y pautas de homogeneización de comportamiento dirigido al colectivo de los farmacéuticos, en relación con la actuación de un concreto laboratorio que había fijado los precios de los medicamentos genéricos por debajo del precio de referencia, razón por la que se subsume como recomendación colectiva contemplada en el art 1.1 de la ley de Defensa de la Competencia.

De forma coincidente, la Audiencia Nacional interpreta que el redactado de la carta de autos excede de una mera información. Y argumenta en los fundamentos jurídicos de la sentencia que para informar sobre el medicamento a dispensar no era preciso referirse a un concreto laboratorio, que la carta se envió también a laboratorios como una advertencia de las medidas que podían adoptarse, que además se menciona la incidencia en los futuros precios de referencia, y en fin, toma en consideración la expresión de "enormes daños" que se inserta en el último párrafo de la carta.

Pues bien, la lectura detenida del texto de la comunicación remitida por la Federación de Farmacéuticos permite distinguir dos distintos contenidos. En la primera parte del escrito, se incluyen varias afirmaciones y comentarios relacionados con el anuncio de las reducciones voluntarias de los precios de los medicamentos por parte de Laboratorios Davur y los efectos que los descensos genera sobre los precios de referencia. Recuerda también el respeto a la prescripción médica y las alegaciones vertidas frente a la Orden Ministerial sobre la necesidad de capacidad de distribución del laboratorio que suministre el medicamento de "menor precio".

Y es la última parte de la carta la que contiene un claro recordatorio. En ella, tras los comentarios iniciales y a modo de conclusión (Así pues...), se recuerda que ante la prescripción de un principio activo sometido a precio de referencia, los farmacéuticos no tienen la obligación de dispensar el fármaco más barato del mercado (como pretende Davur) sino aquel que figure en el Anexo 5 como de "menor precio" y en caso de igual precio, el genérico.

Pues bien, consideramos que el tenor literal del texto de la carta no permite extraer pautas o criterios de actuación de comportamiento dirigidas al colectivo de farmacéuticos para la homogenización de su comportamiento que coarte de alguna manera su libertad frente a la rebaja de precios del mencionado laboratorio.

El redactado de la carta permite considerar que el mensaje principal que se transmite es el que se encuentra en el último párrafo, en el que se recuerda a los farmacéuticos la normativa vigente en materia de dispensación de medicamentos genéricos. Y en

dicho párrafo se aclara cual es el sentido de la legislación vigente y se hace mención expresa a la obligación que incumbe al farmacéutico de dispensar el medicamento genérico -no el más barato- sino el de "menor precio" que figure en el Anexo 5.

Y de este mensaje, reiteramos, no se desprende un criterio de actuación profesional respecto a los laboratorios de referencia, sino que se recuerda y esclarece cual es el criterio legal existente en materia de dispensación de medicamentos genéricos, de acudir a aquel que resulte del Anexo 5 de la Orden aludida, sin que se añada un "plus" a modo de "recomendación" dirigida a promover o instar una determinada actitud en la actuación profesional que es la que advierte la Comisión y después la Audiencia Nacional.

Además de incluir ciertos comentarios sobre la situación del sector y a los elementos que inciden en la formación de los futuros precios de los medicamentos, la misiva contiene fundamentalmente una información práctica a los efectos de interpretar cual es el medicamento que en atención al precio, ha de ser dispensado con arreglo a los criterios de la Orden reseñada. Es cierto que la carta expresa una serie de consideraciones sobre la actuación de los laboratorios Davur y las consecuencias en la determinación ulterior de los precios de los medicamentos, que es el aspecto valorado en la instancia, pero, el sentido y significado de dichas frases carece de entidad para equipararlas a una señal o pauta de actuación dirigida a los destinatarios, siendo el asunto principal de la comunicación de la Federación la interpretación de los criterios legales a la hora de determinar el fármaco que debía ser dispensado.

Reiteramos que no se aprecia que el redactado de la carta incluya pautas o criterios de actuación o comportamiento dirigidas a promover una conducta singular de los farmacéuticos, ni a homogeneizar comportamientos, ni en fin, a sustituirlos por una actuación coordinada tendente a unificar una estrategia comercial. El texto de la comunicación recuerda esencialmente la normativa vigente con expresa mención del deber de los profesionales farmacéuticos salvaguardando no obstante la independencia de comportamiento de dichos profesionales.

Las expresiones vertidas en el comunicado se interpretan en un sentido amplio por la Comisión de la Competencia y por la Audiencia Nacional que advierten que se encuentran implícitas ciertas "señales" en dicha actuación corporativa, y que le llevan a concluir que la Federación de Farmacéuticos intentó incidir en los comportamientos de los farmacéuticos. Pero esta es una interpretación forzada y excesivamente amplia y extensiva del significado del sentido objetivo y literal del texto de la comunicación que contiene una información objetiva sobre el despacho de los medicamentos genéricos del que la Comisión deduce intenciones y finalidades tácitas que no se expresan ni se desprenden necesariamente del mismo.

Y tal interpretación excesivamente amplia y las deducciones implícitas sobre la intencionalidad no se ajustan a los principios restrictivos que operan en el derecho sancionador. En fin, la operación jurídica de subsunción de la conducta en el artículo 1.1 de la Ley mencionada se sustenta en una interpretación forzada del alcance y contenido del comunicado emitido por la Federación recurrente que no resulta conforme a derecho.

Procede, pues, estimar el recurso de casación, casar la Sentencia de la Audiencia Nacional y dejar sin efecto la sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia a la Federación Farmacéutica recurrente.

SEXTO.- En lo que se refiere a las costas, estimado el recurso de casación, de conformidad con el artículo 139.1 de la ley Jurisdiccional, no procede hacer pronunciamiento expreso de las costas causadas en el proceso de instancia ni en casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo español, nos confiere la Constitución,

F A L L A M O S

Primero. - HA LUGAR al recurso de casación 1220/2011, interpuesto por la FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE FARMACÉUTICOS ESPAÑOLES (FEFE), contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo 266/2009, que casamos.

Segundo .- Anulamos la resolución de la Comisión Nacional de la

Competencia de 24 de marzo de 2009 en cuanto impone a la Federación Empresarial de Farmacéuticos una sanción por infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, resolución que anulamos por no ser conforme a derecho.

Tercero .- No procede hacer pronunciamiento expreso de las costas causadas en el proceso de instancia ni en casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Pedro José Yagüe Gil.-Manuel Campos Sánchez Bordona.-Eduardo Espín Templado .-José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat.- María Isabel Perelló Doménech.- Rubricado.-

Pedro José Yagüe GilManuel Campos Sánchez BordonaEduardo Espín Templado

José Manuel Bandrés Sánchez CruzatMaría Isabel Perelló Doménech

TRIBUNAL SUPREMO

Salade loContencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR

FECHA:24/10/2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat, **AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Pedro José Yagüe Gil** , al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014, dictada en el recurso de casación número 1220/2011, interpuesto por la representación procesal de la FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE FARMACÉUTICOS ESPAÑOLES contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2011.

Respetuosamente, debo mostrar mi discrepancia con el pronunciamiento de esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, que, en la expresión de su voto mayoritario, declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2011, que se revoca, declarando la nulidad de la resolución del Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Competencia de 24 de marzo de 2009, que, resolviendo el expediente 649/08, impuso a la Asociación recurrente la sanción de 400.000 euros, como responsable de una conducta prohibida por el artículo 1.1 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, que sustento en los siguientes fundamentos jurídicos.

Primero.- Considero, en primer término, que debió rechazarse el primer motivo de casación formulado por la defensa letrada de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles recurrente, que

descansaba en la infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con lo dispuesto en el artículo 93 y concordantes de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en cuanto comparto la conclusión a la que llega la Sala de instancia, de entender que el comunicado publicado en la revista Global -revista de difusión nacional en el sector farmacéutico, las semanas del 9/15 y 16/22 de octubre de 2007, firmado por la Presidenta de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), en respuesta a la campaña publicitaria emprendida por Laboratorios Davur, S.L., que informaba de la reducción de los precios de los medicamentos genéricos suministrados por dicha compañía farmacéutica, constituye una recomendación colectiva que potencialmente restringe la competencia efectiva en el mercado español de especialidades farmacéuticas genéricas, en la medida en que pretende orientar, en un sentido homogeneizador, el comportamiento de los farmacéuticos frente a los productos farmacéuticos de dicho laboratorio.

En efecto, estimo que la lectura del cuestionado comunicado, elaborado por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles, cuyo contenido transcribimos a continuación íntegramente, sin desagregar sus distintos apartados, revela que no se trata de una información de carácter «neutral» sobre la política comercial diseñada por Laboratorios Davur, en cuanto que se advierte con absoluta claridad de los «enormes daños» que podrían originarse a los profesionales farmacéuticos si dicha práctica empresarial de reducción de los precios de los medicamentos genéricos fuera seguida por otros laboratorios farmacéuticos, al incidir indirectamente en la fijación de los precios de referencia de los medicamentos genéricos sometidos a prescripción médica, lo que permite inferir que su finalidad era promover un boicot colectivo de los titulares de oficinas de farmacia a los productos farmacéuticos suministrados por dicho laboratorio.

« Madrid, abril 2007

Estimado/a compañero/a:

Como habrás podido observar por los anuncios aparecidos en la prensa de las últimas semanas, algún laboratorio de genéricos está llevando a cabo una campaña publicitaria dirigida específicamente a los médicos con dos lemas:

1.- "Somos los más baratos del mercado"

2.- "Con estos precios se respeta y mucho su prescripción"

Afirman que sus precios son los más competitivos del mercado y adjuntan los nuevos precios de 21 de sus productos, que suponen una bajada voluntaria media del 16% respecto a los precios menores del Anexo 5, en vigor desde el 1 de Marzo:

Ejemplos PVP Anexo 5 PVP DAVUR

%DIFERENCIA

Omeoprazol 5,48

Ibruprofeno 3,12

Fuoxetina 6,01

Omeprazon 4,50

Ibruprofeno 2,00

Fluoxetina 4,70

-18%

-36%

-22%

Estas reducciones voluntarias, serán las que decidan los precios del próximo Anexo 5, que entrará en vigor en verano, y que causará una nueva bajada generalizada de precios de todos los productos que opten a ser dispensados cuando exista una prescripción por D.O.E. Asimismo, este efecto se reproducirá a mayor escala en enero de 2008, cuando se actualicen todos los precios de referencia.

La afirmación "con estos precios se respeta, y mucho, su prescripción", da a entender que los farmacéuticos no respetamos la prescripción médica, algo totalmente falso ya que los casos de sustitución están regulados por Ley, y son controlados por los diferentes Servicios de Salud Autonómicos y, además, como profesionales, somos escrupulosos en el cumplimiento de nuestras obligaciones.

En sus alegaciones a la Orden Ministerial, FEFE ha solicitado que los medicamentos de "menor precio" sean suministrados por laboratorios que tuviesen suficiente soporte par abastecer todo el mercado, ya que, de lo contrario, podría producirse una ausencia de prestación sanitaria. Otra de sus alegaciones se centra en la idoneidad de adecuar el umbral mínimo del PVP, fijado en el 2003 en 3,12 € al coste real de la vida.

Así pues, dadas estas actitudes, que no ocasionan enormes daños, os recordamos que ante una prescripción por principio activo sometido a precio de referencia, el farmacéutico no tiene la obligación de dispensar el fármaco mas barato del mercado en ese momento, como pretende DAVUR, sino el fármaco que figure en el genérico.

Esperando que esta información sea de tu interés, Tatiana Presidente .».

En este sentido, creo adecuado significar que, contrariamente a lo que sostiene la sentencia de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo, el objeto del comunicado emitido por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles no era sólo el de esclarecer a los farmacéuticos asociados los criterios de aplicación de la normativa legal en materia de dispensación de medicamentos genéricos afectados por el sistema de precios de referencia, sino el hacer frente a la política comercial de reducción de precios de los medicamentos genéricos sometidos a prescripción médica emprendida por Laboratorios Davur, que podría causar graves perjuicios económicos a los profesionales titulares de oficinas de farmacia, por lo que no cabía descartar que tuviera un carácter potencialmente lesivo de la competencia, en cuanto inequívocamente es una conducta apta para distorsionar las condiciones de competencia efectiva en el referido mercado de dispensación de especialidades farmacéuticas genéricas.

Por ello, discrepo de la tesis argumental que se desarrolla en la sentencia de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de la que disiento, respecto de que la conducta imputada no es ilícita, porque no reúne las características identificadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para ser calificada de recomendación colectiva restrictiva de la competencia, en la medida que sólo pretendía informar a los farmacéuticos asociados de la nueva regulación del sistema de precios de referencia que rige la financiación pública de medicamentos y de las obligaciones impuestas a los farmacéuticos relativas a la dispensación de medicamentos cuando la prescripción se hubiera efectuado con indicación del principio activo, ya que sostengo que el comunicado de la Presidenta de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles trata de incidir directamente en la política de fijación de precios de un de especialidades farmacéuticas genéricas, cuya actuación comprometía gravemente los márgenes de beneficio de las oficinas de farmacia-, lo que supone una afectación negativa de las condiciones de competitividad del mercado de medicamentos genéricos dispensados con prescripción médica.

En este sentido, comparto la decisión de la Sala de instancia, que, con convincente rigor jurídico, sostiene que la conducta imputada a la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), «teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en que se inscribe la recomendación», es constitutiva de infringir el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por su potencial efecto lesivo del Derecho de la Competencia, en cuanto que su finalidad era adoptar medidas «de boicot» frente a un laboratorio que había fijado el precio de sus genéricos por debajo de los precios de referencia. Esta conclusión jurídica alcanzada por la Sala de instancia considero que es acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, formulada respecto de la delimitación de las recomendaciones colectivas prohibidas [STS 9 de marzo de 2005 (RC 3895/2002)], así como con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [STJ 27 de enero de 1987 (C-45/85)], pues en el supuesto enjuiciado en este recurso de casación se advierte el carácter anticompetitivo del comunicado emitido por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles, y remitido a todas las farmacias de España y a otros laboratorios farmacéuticos, ya que, como hemos expuesto, no sólo busca el fin lícito de recordar a sus asociados el régimen jurídico de dispensación de medicamentos genéricos sometidos a prescripción médica, pues también pretende homogeneizar la conducta de los profesionales farmacéuticos, titulares de oficinas de farmacia, para que unifiquen sus estrategias comerciales en la dispensación de medicamentos con el objeto de evitar un posible estrangulamiento de sus márgenes comerciales, que derivaría de una reducción de los precios de referencia fijados por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

Al respecto, me parece adecuado recordar que en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2005 (RC 2895/2002), hemos sostenido que «el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establece que se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o, consecuentemente, paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, no puede aplicarse de forma abstracta eludiendo la valoración del grado de incidencia que la conducta imputada

provoque, ni puede interpretarse este precepto desvinculado de los intereses jurídicos que tutela en relación con el contexto normativo que ordenaba *ratione temporis* esta actividad, al deber examinarse la concurrencia del elemento volitivo del injusto que permite apreciar la responsabilidad en la comisión del ilícito administrativo».

Segundo.- A mi juicio, el recurso de casación debía haber sido rechazado en su integridad, pues también cabía desestimar el segundo motivo de casación articulado, ya que la censura que se formulaba a la sentencia recurrida de infringir el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultaba manifiestamente infundada, en cuanto la Sala de instancia acierta al considerar que el comunicado difundido por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), que motivó la denuncia de Laboratorios Davur ante la Comisión Nacional de la Competencia, debido a los términos en que estaba redactado, «excedía de una mera información de la nueva normativa aplicable», y constituye una «conducta potencialmente lesiva de la competencia», al tener como finalidad «la intervención de forma indirecta en la fijación de los precios de los genéricos», puesto que esta declaración no se sustenta en meros indicios, ni resulta ilógica ni arbitraria por desbordar los límites exigidos para la aplicación de la prueba de presunciones.

Por ello, estimo que la apreciación de la Sala de instancia sobre la caracterización del comunicado divulgado por la Federación empresarial recurrente, como recomendación colectiva incardinable, por su potencial efecto lesivo de la competencia, en las conductas prohibidas del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, no se efectúa en infracción del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues existe un enlace lógico, acorde con las reglas de razonabilidad, entre las afirmaciones que se realizan en dicho comunicado, que ponen de manifiesto una clara intención de reaccionar frente a las prácticas comerciales de reducción de precios de medicamentos genéricos emprendida por Laboratorios Davur, así como una advertencia sobre los posibles perjuicios que se derivarían de dicho comportamiento a los profesionales farmacéuticos, y la conclusión sobre la concurrencia del presupuesto de antijuridicidad, al tratar de coordinar las estrategias comerciales de las oficinas de farmacia, lo que

distorsiona las condiciones de competitividad del mercado de medicamentos genéricos sometidos a prescripción médica.

A partir de estas consideraciones, y una vez que la Sala de instancia, partiendo como premisa de la apreciación de los hechos que considera objetivamente acreditados, declara que el comunicado emitido por la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), era potencialmente lesivo de la competencia, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico del sector farmacéutico, donde se inscribe la recomendación, resulta improcedente tachar dicha conclusión de manifiestamente ilógica o arbitraria, por basarse en presunciones judiciales sobre la intención que carecerían de base probatoria y se revelarían infundadas.

Tercero.- Asimismo, estimo que tampoco hubiera procedido estimar el cuarto motivo de casación, sustentado en la infracción de los artículos 24 y 25 de la Constitución, así como del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y de la jurisprudencia que descansa en la inexistencia del elemento volitivo del injusto, en la conducta de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), en cuanto que carece de fundamento el reproche que se realiza a la Sala de instancia por afirmar que había realizado una recomendación colectiva contraria a la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y a la Orden Ministerial SCO/3997/2006, de 28 de diciembre, por la que se determinan los conjuntos de medicamentos y sus precios de referencia y por la que se regulan determinados aspectos para la aplicación de lo dispuesto por la Ley 29/2006, de 26 de julio, y considerar que es antijurídica por producir potencialmente efectos lesivos de la competencia, ya que el Tribunal sentenciador ha respetado el principio de culpabilidad, que limita el ius puniendi del Estado, al determinar en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida que la conducta imputada, que era sancionable a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, no podía ser exonerada, por ampararse en un supuesto deber de recordar las obligaciones de los farmacéuticos derivadas de la aplicación de la nueva normativa del sector de los medicamentos, al evidenciarse una clara intención de coordinar los comportamientos de los profesionales

farmacéuticos frente a aquellos laboratorios que emprendiesen una política comercial de reducción de los precios de los medicamentos genéricos por debajo de los precios de referencia fijados administrativamente.

Cuarto.- En último término, tampoco estimo que la Sala de instancia hubiera vulnerado el principio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de la sanción, puesto que apreciamos que aplica de forma adecuada los criterios de graduación de la sanción previsto en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

En efecto, descarto que la Sala de instancia, al proceder a reducir en un 50% el importe de la sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia por resolución de 24 de marzo de 2009, que se fija, consecuentemente, en 200.000 euros, haya incurrido en arbitrariedad, por no exponer los criterios de graduación previsto en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, aplicados, ya que se ha impuesto dentro de los límites contemplados en el marco legal, atendiendo a la circunstancia cualificada de que la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (FEFE), fue la promotora de la recomendación colectiva y fue la que remitió la comunicación a todas las oficinas de farmacia y a algunos laboratorios farmacéuticos, y, en razón de la modalidad y alcance del hecho constitutivo de potenciar la restricción de la competencia, a la dimensión del mercado afectado - dispensación y comercialización de medicamentos genéricos sometidos a prescripción médica-, y la escasa reducción de la restricción de la competencia, que en este último se considera atenuante.

Al respecto, cabe significar la doctrina jurisprudencial expuesta en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2003 (RC 9710/1997), sobre la determinación del margen de apreciación del Tribunal de Defensa de la Competencia para fijar el importe de las multas en los siguientes términos:

« [...]Es cierto que las multas previstas en la Ley 16/1989 lo han sido, como en otra ocasión hemos afirmado (*sentencia de 8 de marzo de 2002, recaída en el recurso de casación 8088 de 1997*), dentro de márgenes muy amplios, pero no absolutamente indeterminados, con referencia a variables o criterios sin duda generales y de no fácil y exacta verificación. De modo que no es siempre posible cuantificar, en cada caso, aquellas sanciones pecuniarias a base de meros cálculos matemáticos y resulta, por el contrario, inevitable otorgar al Tribunal de Defensa de la Competencia un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de «*dosimetría sancionadora*» *rigurosamente exigibles*. Si ello es así en el ejercicio general de las potestades administrativas cuando la Ley lo consiente, tanto más lo será respecto de la potestad sancionadora en el ámbito de la defensa de la competencia, pues resulta inherente a toda decisión sancionadora de este género, además de la finalidad estrictamente represiva, la de defender los intereses públicos "concretados en el funcionamiento concurrencial del mercado, su transparencia y la defensa de los consumidores" incorporando a los instrumentos represivos elementos disuasorios de conductas futuras.

Ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989, puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (artículo 10 apartado uno). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del «principio de proporcionalidad» en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992.».

Por ello, en aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, procedía descartar que la Sala de instancia no hubiere realizado un análisis pormenorizado de las circunstancias referidas en el apartado 2 del artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de

julio, de Defensa de la Competencia, pues consideramos que ha podido ponderar la dimensión del mercado afectado, la duración limitada de la restricción de la competencia, la inexistencia de reincidencia en la comisión de la conducta prohibida, la capacidad del sujeto infractor para infringir daños a los competidores y los perjuicios a los consumidores.

En Madrid, a 24 de octubre de 2014

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia y su voto particular, en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excma. Sra. D^a. María Isabel Perelló Doménech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.