

Roj: SAN 2564/2012
Id Cendoj: 28079230062012100306
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 283/2009
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a seis de junio de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Comunidad de Castilla La Mancha y Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla La Mancha**, y en sus nombres y representaciones el Letrado de La junta de Castilla La Mancha y el Procurador Sr. Dº Isacio Calleja García, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de abril de 2009**, relativa conducta anticompetitiva, siendo Codemanda Dª Enriqueta y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Comunidad de Castilla La Mancha y Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla La Mancha, y en sus nombres y representaciones el Letrado de La junta de Castilla La Mancha y el Procurador Sr. Dº Isacio Calleja García, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de abril de 2009, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día cinco de junio de dos mil doce.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de abril de 2009, cuya parte dispositiva establece:

"PRIMERO.- Declarar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC), de la que serían autores el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) y el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha, consistente en acordar que los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha establecerán, entre

las oficinas de farmacia que lo deseen, turnos rotatorios para el suministro directo a los centros socio sanitarios públicos y privados de la prestación farmacéutica incluida en el Sistema Nacional de Salud.

SEGUNDO.- Intimar al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) y al Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha para que en el futuro se abstengan de realizar dicha conducta prohibida.

TERCERO.- Ordenar al Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) y al Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en las páginas de información económica de dos diarios de información general de mayor circulación, uno de ámbito nacional y otro en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. En caso de incumplimiento se impondrá a cada uno de ellos una multa coercitiva de 600 # por cada día de retraso.

Asimismo, ordenar al Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha la comunicación de esta Resolución a todos los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha, con el objeto de que sea objeto de difusión cierta entre todas las oficinas de farmacia."

SEGUNDO : La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara como hechos probados:

"1. Según el artículo 69 de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha , el SESCAM tiene atribuida la competencia para la gestión de las prestaciones farmacéuticas y complementarias.

2. El 22 de diciembre de 2003, el SESCAM y los Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha suscribieron un Concierto, cuyo objetivo es fijar las condiciones en que los farmacéuticos titulares de las oficinas de farmacia establecidas legalmente en Castilla-La Mancha colaborarán profesionalmente con el SESCAM en lo referente a la dispensación, de las especialidades farmacéuticas, efectos y accesorios, fórmulas magistrales y preparados oficiales y demás, que estén incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

El artículo 9.1 de dicho Concierto contiene una cláusula adicional que establece que se podrán establecer acuerdos provinciales entre el SESCAM y el Colegio o los Colegios Oficiales de Farmacéuticos para la colaboración profesional en el suministro, custodia, control y dispensación de medicamentos y efectos accesorios incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud a las residencias socio-sanitarias ubicadas dentro de su mismo ámbito territorial provincial.

3. El 29 de junio de 2006 se firmó el acuerdo denunciado entre el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha y el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) por el que se regula la atención farmacoterapéutica de personas atendidas en los centros socio sanitarios públicos, concertados y privados, de Castilla-La Mancha.

Este acuerdo tiene por objeto determinar la forma y condiciones de la dispensación de recetas de medicamentos, efectos y accesorios, prescritas para las personas residentes en los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha, con el fin de garantizar el cumplimiento de la Ley del Medicamento, evitar prácticas irregulares y conseguir el uso racional de los medicamentos.

El acuerdo establece, entre otras, las dos obligaciones siguientes:

1.- Los Colegios Oficiales de Farmacéuticos establecerán turnos de atención farmacoterapéuticas entre las oficinas de farmacia, con el fin de garantizar la participación de todas aquellas oficinas de farmacia que lo deseen.

2.- Las oficinas de farmacia que dispensen recetas de pacientes residentes en los centros socio-sanitarios objeto de este acuerdo y que tengan más de 50 residentes, bonificarán al SESCAM una cantidad equivalente al 6% de PVP de la facturación de medicamentos procedentes de los centros sociosanitarios objeto de este acuerdo.

4. Según el artículo 2 de la Ley 5/2005 de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha un centro socio sanitario es "todo aquel centro público o privado que atienda a sectores de población tales como ancianos, personas con discapacidad, enfermos mentales y cualquiera otros cuyas condiciones de salud requieran, además de las atenciones sociales que les presta el centro, determinada asistencia sanitaria".

La prestación que ofrecen estos centros a los pacientes no incluye la prestación farmacéutica, de forma que el residente debe acudir a su médico para que le prescriba el medicamento que precisa en una receta

de la Seguridad Social, siendo conforme al artículo 69 de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, el SESCAM el responsable de la prestación de asistencia farmacéutica pública a los pacientes que residen en centros socio sanitarios de su ámbito territorial.

5. Según el acuerdo denunciado, el sistema para establecer los turnos de farmacia y adquirir las recetas sería el siguiente: El paciente ingresado en un centro socio sanitario tiene asignado un médico de atención primaria a cuya consulta puede acudir personalmente como cualquier paciente. La medicación prescrita en esta consulta mediante receta del SESCAM puede ser dispensada por cualquier oficina de farmacia de Castilla-La Mancha. En el resto de los casos, en los que la residencia socio sanitaria interviene en la asistencia médico-farmacéutica del paciente ingresado, no existe posibilidad de decisión individual, y le correspondería al SESCAM organizar el suministro de medicamentos a través de la vía de la concertación con las oficinas de farmacia, estableciendo turnos de suministro entre ellas."

TERCERO : De los razonamientos de la resolución impugnada conviene destacar:

"Según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJ), en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia el concepto de empresa comprende cualquier entidad que desarrolla algún tipo de actividad económica o comercial, independientemente del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (entre otras muchas, STJ de 23/04/1991, Asunto C-41/90 Höfner y Elser, apartado 21). El TDC ha adoptado este concepto de empresa, que se identifica con la más amplia y nihilista noción de operador económico, elevado a la categoría de concepto legal por virtud de la Disposición adicional cuarta.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia : "A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación".

Este concepto amplio y funcional de empresa pone de relieve que lo relevante para el Derecho de la competencia no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta ha causado o es apta para causar un resultado económicamente dañoso o restricción a la competencia en el mercado. Para ello es necesario que la conducta desarrollada de forma autónoma tenga naturaleza económica; constituya una actividad económica, entendida ésta en sentido amplio y en beneficio del criterio funcional que debe presidir la aplicación, en este caso, del art. 1 LDC . Así, en constante doctrina que es tributaria de la jurisprudencia comunitaria, el TDC ha señalado que por actividad económica se entiende "cualquier actividad de producción o intercambio no gratuito de bienes o servicios" (RTDC de 10/07/1990, Expte. 271/90). En igual sentido y más recientemente, la Audiencia Nacional ha afirmado que la conducta prohibida por el art. 1 LDC "puede ser realizada por cualquier agente económico -término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado-" (SAN de 18-2-09, recurso nº 327/2006 , Ambulancias Ourense)."

Continúa la citada Resolución:

"No estamos, en definitiva, ante una conducta unilateral del SESCAM relativa a la compra de productos que se usan para la prestación de un servicio público que no tiene carácter económico, porque está regido por el principio de solidaridad, sino ante una conducta concertada con la organización corporativa de las oficinas de farmacia por la que se diseña el sistema de suministro por éstas de la prestación farmacéutica pública concernida. En realidad, bien se pudiera decir que la conducta del SESCAM consiste materialmente en atribuir apariencia pública a un acuerdo de reparto del mercado que diseñan e implementan posteriormente cada uno de los Colegios de Farmacéuticos. Conducta que no puede pretenderse comprendida en el haz de facultades públicas que le corresponden por su naturaleza de gestor público, en su ámbito territorial, de un sistema nacional de salud que se rige por el principio de solidaridad."

Se añade igualmente:

"De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria y la doctrina del TDC, una vez demostrado que un acuerdo tiene por objeto restringir el juego de la competencia, huelga atender a sus efectos concretos (apartado 20 de la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del art. 81.3 TCE). No obstante, el Consejo considera que el establecimiento por los Colegios de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha de turnos rotarios entre las farmacias para suministrar productos farmacoterapéuticos directamente a los centros socio sanitarios, cualquiera que fuese la intención o el objetivo perseguido por las partes con la firma del acuerdo de 29 de junio de 2006, produce un efecto claramente restrictivo de la competencia entre las farmacias, que no se puede calificar de irrelevante o ínfimo. La regulación del sector farmacéutico deja muy poco espacio a la competencia real y potencial entre farmacias. Existen numerosas y relevantes barreras de entrada al mercado, y las oficinas de farmacia instaladas en el mercado apenas pueden competir en precios, que es el

principal factor de competencia en la prestación de cualquier producto o servicio en el mercado. Por ello, no se puede considerar como irrelevante una conducta, como el referenciado turno rotatorio entre farmacias, que cercena el escaso margen de libertad de competencia que legalmente puede existir entre estos operadores económicos, impidiéndoles competir por hacerse, en base a su mejor servicio, con el suministro directo de la prestación farmacéutica a los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha... El efecto sobre la competencia de esta normativa es nítido: (1) el mercado se segmenta territorialmente en "micromercados" delimitados en función del núcleo de población donde esté ubicado el centro socio sanitario; (2) las farmacias quedan excluidas de la posibilidad de suministrar la prestación farmacéutica pública a los centros socio sanitarios que no estén ubicados en la población en la que radiquen, y (3) las farmacias (si son varias) ubicadas en el centro de población al que se adscribe el centro socio sanitario quedan impedidas de competir entre ellas al serles impuesto por el Colegio un reparto temporal de la prestación farmacéutica pública."

La cuestión que hemos de resolver encierra dos aspectos: el primero el relativo al ámbito de las potestades administrativas, el segundo, relativo al carácter anticompetitivo de la conducta.

Respecto de la primera cuestión, esta sala ha tenido ocasión de tratarla al examinar la naturaleza de los Colegios Profesionales:

" La determinación del ajuste a la legalidad de la Resolución impugnada, parte del análisis de las siguientes cuestiones:

- A) Naturaleza de los Colegios Oficiales y de su actividad.*
- B) Contenido y ejercicio de sus competencias.*
- C) Alcance del artículo 2.1 de la Ley 16/1989 .*

2º Conforme al artículo 1 de la Ley de Colegios Profesionales , los Colegios Profesionales son corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Del contenido del precepto, se deduce claramente que los Colegios Profesionales se insertan dentro de la Administración Corporativa, tienen por ello encomendadas funciones al servicio del interés público, y en tal función actúan potestades exorbitantes propias de la Administración Pública. Ahora bien, junto a tal ejercicio de potestades exorbitantes, pueden ejercer otras funciones ajenas al interés público y a las que por Ley se les encomienda. Ello resulta evidente si atendemos al contenido del artículo 8.1 de la propia Ley, que somete a la jurisdicción contenciosa aquellos actos emanados de los Colegios Profesionales sujetos a Derecho Administrativo, lo que presupone la existencia de otros actos ajenos al Derecho Administrativo y por ello a las competencias exorbitantes propias de éste.

Con ello se concluye, que los Colegios Oficiales actúan como Administración Pública, y como entes privados; en el primer caso se le reconocen las potestades propias de tal Administración, en el segundo actúa como mero particular y en condiciones de igualdad con los restantes sujetos de Derecho. Ahora bien, antes de seguir con el análisis de la incidencia de las descritas posiciones de los Colegios en la tipificación de la conducta sancionada, es importante señalar que la dualidad que se expone en la actuación de la Administración Corporativa, se observa igualmente en la Administración Territorial e Institucional. La Administración Pública actúa sometida a Derecho Administrativo y en el ejercicio de potestades exorbitantes por éste reconocidas, pero también lo hace sometida a Derecho Privado y en la posición que cualquier sujeto privado de Derecho ocuparía en una relación jurídica - con independencia de determinados privilegios y limitaciones que se observan en tal posición dada la naturaleza del sujeto, pero que en absoluto pueden identificarse con el ejercicio de las potestades de imperio propias de la posición Pública -. Con tales precisiones nos adentramos en una de las cuestiones controvertidas en autos, reflejada tanto en los razonamientos de la Resolución objeto de este recurso.

En esencia la cuestión conflictiva puede resumirse como sigue: la naturaleza pública y privada de la recurrente, justifican el sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia cuando actúan con sometimiento a Derecho Privado; o bien, el carácter de Administración Pública de los Colegios, actuando en ejercicio de las funciones que les viene atribuida por Ley, impide el sometimiento de estos a los preceptos de la Ley 16/1989.

Pues bien, lo esencial en la cuestión que se examina, no es determinar la naturaleza jurídica de la actora, sino determinar qué competencias actúan, esto es, debe establecerse si la conducta sancionada se siguió en ejercicio del imperio propio de la Administración, o bien las facultades actuadas quedaban fuera del Derecho Público, y ello, porque en el primer caso nos encontraríamos ante una habilitación legal que justificaría la conducta, aún siendo ésta subsumible en el tipo infractor. Podemos afirmar en un primer momento, que la Administración Pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre competencia - y

ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho Público que ocupa -, pero otra cosa es, cuando actúa sometida a Derecho Privado, como sujeto de Derecho privado, y al margen de la habilitación legal de potestades. Este supuesto se nos plantea, cuando la Administración ejerce funciones que no le son propias como ente de Derecho Público revestido de imperio, esto es, cuando actúa al margen de la habilitación legal de potestades exorbitantes para el cumplimiento de sus fines. Tales circunstancias, son examinadas en la Resolución impugnada.

3º Naturaleza y alcance de las funciones públicas de los Colegios Profesionales: es obvia la incidencia de tal extremo en el conflicto de autos: la afirmación de que el comportamiento de la recurrente lo fue en el ejercicio de funciones propias de su ámbito administrativo, nos llevaría a la ineludible conclusión, dado el principio de habilitación legal, de que opera el artículo 2 de la Ley 16/1989, y por ello que la conducta no podría ser sancionada ni prohibida por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Pero si la actuación discutida se encuentra fuera del contenido de las funciones públicas, tal conducta carecería de la cobertura del precepto citado. Pues bien, el artículo 1.2 de la Ley de los Colegios Profesionales, determina como funciones propias de la Administración Corporativa profesional, la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación de las mismas y la defensa de los intereses profesionales. Tal precepto contiene la delimitación conceptual de las funciones públicas de los Colegios, y por ello a su luz han de interpretarse los contenidos de los preceptos que de una forma concreta reconocen facultades a los mismos. De entre tales funciones concretas hemos de detenernos en una, la recogida en la letra i) del artículo 5 de la Ley, puesto que en ella pretende el Consejo recurrente amparar su actuación, consistente en ordenar la actividad de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional." (sentencia de 28 de septiembre de 2006)

Pues bien dada la habilitación legal en materia de Administraciones publicas, lo que hemos de determinar es si la Administración sanitaria de Castilla La Mancha actuaba en el ámbito de potestades públicas, en cuyo caso el carácter legal de la atribución excluye la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, o por el contrario, tal cobertura legal es inexistente.

En este punto recordaremos las siguientes afirmaciones contenidas en el voto particular:

"Art. 84: Oficinas de farmacia

1. En las oficinas de farmacia, los farmacéuticos, como responsables de la dispensación de medicamentos a los ciudadanos, velarán por el cumplimiento de las pautas establecidas por el médico responsable del paciente en la prescripción, y cooperarán con él en el seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de atención farmacéutica, contribuyendo a asegurar su eficacia y seguridad. Asimismo participarán en la realización del conjunto de actividades destinadas a la utilización racional de los medicamentos, en particular a través de la dispensación informada al paciente.

2. Las Administraciones sanitarias realizarán la ordenación de las oficinas de farmacia, debiendo tener en cuenta los siguientes criterios:

a) Planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica.

b) La presencia y actuación profesional del farmacéutico como condición y requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos, teniendo en cuenta el número de farmacéuticos necesarios en función de la actividad de la oficina.

c) Las exigencias mínimas materiales, técnicas y de medios, incluida la accesibilidad para personas con discapacidad, que establezca el Gobierno con carácter básico para asegurar la prestación de una correcta asistencia sanitaria, sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas en esta materia.

3. Las oficinas de farmacia vienen obligadas a dispensar los medicamentos que se les demanden tanto por los particulares como por el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentarias establecidas.

4. Por razones de emergencia y lejanía de la oficina de farmacia u otras circunstancias especiales que concurran, en ciertos establecimientos podrá autorizarse, excepcionalmente, la creación de botiquines en las condiciones que reglamentariamente se determinen con carácter básico, sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas en esta materia.

5. Las Administraciones Públicas velarán por la formación continuada de los farmacéuticos y la adecuada titulación y formación de los auxiliares y ayudantes técnicos de farmacia.

6. Las oficinas de farmacia tienen la consideración de establecimientos sanitarios privados de interés público".

La actuación del SESCOG como administración pública sanitaria en el ejercicio de sus funciones, más aún en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la Ley y no como operador económico es evidente en el contenido del Acuerdo que, desarrollando una de las cláusulas del Concierto en vigor, busca la implementación y desarrollo de planes integrales de asistencia farmacéutica en los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha para un uso racional del medicamento y un control en la prescripción y dispensación de los medicamentos. Y a esos efectos el acuerdo prevé la implantación de "Programas de atención farmacéutica en los centros socio sanitarios" con la creación de guías farmacoterapéuticas para el uso racional del medicamento, programas de formación del personal de los centros sobre nutrición, uso del medicamento, etc. Todo ello se entiende con el objetivo de que las prestaciones públicas del sistema de salud sean más eficientes y económicas, sin reducir o incluso mejorando a través de una mejor formación, las prestaciones a los interesados, es decir, los mayores residentes en los centros socio sanitarios."

Como se desprende de los razonamientos, tanto de la mayoría como de la vocal discrepante, la cuestión se plantea en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados y de forma límite dentro de esos conceptos.

Veámoslo.

La cuestión gira sobre la idea de la " *planificación general de las oficinas de farmacia en orden a garantizar la adecuada asistencia farmacéutica*", y en los términos del voto particular elaboración "de planes integrales de asistencia farmacéutica en los centros socio sanitarios". Para entender que el contenido del convenio discutido encuentra amparo en la facultad de planificación general y planes integrales de asistencia, es necesario acreditar, que el reparto del mercado de referencia, porque es incuestionable que el mismo se ha producido, eliminado en él la competencia es estrictamente necesario para el fin público de garantizar la debida asistencia farmacéutica en los centros socio asistenciales que nos ocupan, y no existen elementos fácticos de los que concluir esta necesidad. Por tanto las medidas anticompetitivas adoptadas no se justifican en la correcta satisfacción del interés público, quedado por ello al margen de las potestades públicas que le son propias.

Por otra parte, el concepto de "planificación general" no puede ser entendido en sentido tan extenso que englobe cada uno de los concretos aspectos, hasta el punto de realizar una distribución determinada de suministros, del suministro de los medicamentos.

Entendemos pues que la Resolución impugnada ha realizado una valoración correcta tanto de hecho como de Derecho, del problema planteado.

CUARTO : Por las razones expuestas entendemos que no es aplicable el artículo 4.1, aunque si es de aplicación su segundo apartado, de la Ley 15/2007 :

"1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.

2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal."

Tampoco es de aplicación el artículo 5:

"Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado."

Efectivamente compartimos las afirmaciones de la resolución impugnada:

"No obstante, el Consejo considera que el establecimiento por los Colegios de Farmacéuticos de Castilla-La Mancha de turnos rotatorios entre las farmacias para suministrar productos farmacoterapéuticos directamente a los centros socio sanitarios, cualquiera que fuese la intención o el objetivo perseguido por las partes con la firma del acuerdo de 29 de junio de 2006, produce un efecto claramente restrictivo de la competencia entre las farmacias, que no se puede calificar de irrelevante o ínfimo. La regulación del sector farmacéutico deja muy poco espacio a la competencia real y potencial entre farmacias. Existen numerosas y

relevantes barreras de entrada al mercado, y las oficinas de farmacia instaladas en el mercado apenas pueden competir en precios, que es el principal factor de competencia en la prestación de cualquier producto o servicio en el mercado. Por ello, no se puede considerar como irrelevante una conducta, como el referenciado turno rotatorio entre farmacias, que cercena el escaso margen de libertad de competencia que legalmente puede existir entre estos operadores económicos, impidiéndoles competir por hacerse, en base a su mejor servicio, con el suministro directo de la prestación farmacéutica a los centros socio sanitarios de Castilla-La Mancha."

Es incuestionable que la conducta que enjuiciamos restringe la competencia en un mercado ya de por sí restringido, lo que impide afirmar que no existe afección significativa del mercado.

QUINTO : De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción anterior a la Ley 37/2011 -disposición transitoria novena -.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Comunidad de Castilla La Mancha y Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla La Mancha**, y en sus nombres y representaciones el Letrado de La junta de Castilla La Mancha y el Procurador Sr. Dº Isacio Calleja García, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 14 de abril de 2009**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la **confirmamos**, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.