



Roj: **STS 600/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:600**

Id Cendoj: **28079130042018100064**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **15/02/2018**

Nº de Recurso: **3267/2015**

Nº de Resolución: **234/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 5453/2015,**  
**STS 600/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 234/2018**

Fecha de sentencia: 15/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3267/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez

Procedencia: T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: RSG

Nota:

Resumen

RECURSO CASACION núm.: 3267/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Cuarta**

**Sentencia núm. 234/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Perez, presidente



D. Segundo Menendez Perez  
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva  
D<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella  
D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo  
D. Jose Luis Requero Ibañez  
D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 15 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **3267/2015** interpuesto por la procuradora doña Silvia Vázquez Senín en representación de **CELTIFARMA, S.L.** asistida por el letrado don Rafael Ariño Sánchez contra la sentencia de 9 de julio de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso 4078/2014 . Ha comparecido como parte recurrida la Junta de Galicia representada por el procurador don Argimiro Vázquez Guillén y asistida por la letrada de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia se interpuso el recurso contencioso- administrativo 4078/2014 contra la resolución de 3 de diciembre de 2013 de la Consejería de Sanidad de la Junta de Galicia desestimatoria del recurso de alzada contra la resolución de 14 de agosto de 2013 de su Dirección General de Innovación y Gestión de la Salud Pública (expediente sancionador 5/12 AF) por la que se impuso a la recurrente una sanción de multa de 1.000.000 de euros como responsable de una infracción muy grave tipificada en el artículo 56.c).9ter de la Ley autonómica 5/1999, de 21 de mayo, de Ordenación Farmacéutica; otra de 50 000 euros como responsable de una infracción muy grave tipificada en el artículo 43.a) de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia; y otra de 15 025 , 30 euros como responsable de una infracción grave tipificada en el artículo 42.c) de la misma Ley autonómica 8/2008.

**SEGUNDO.-** La citada Sección dictó sentencia de 9 de julio de 2015 cuyo fallo dice literalmente:

*«Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Celtifarma, S.L." contra las resoluciones de la Consellería de Sanidade indicadas en el primer fundamento de esta sentencia. Se imponen a la parte actora, con el límite indicado, las costas del recurso.»*

**TERCERO.-** Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la representación procesal de CELTIFARMA S.L., que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Superior de Justicia de Galicia tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 16 de septiembre de 2015 en la que, al tiempo, ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**CUARTO.-** Emplazadas las partes y comparecidas en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, la recurrente presentó el escrito de interposición del recurso de casación basado, en síntesis, en los siguientes motivos:

1º Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) por infracción del artículo 1 de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001 , por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, así como artículo 1 del Real Decreto 2259/1994, de 25 de noviembre , por el que se regula los almacenes farmacéuticos y la distribución al por mayor de medicamentos de uso humano y productos farmacéuticos (en adelante, Reglamento de Almacenes Farmacéuticos) en relación con el principio *lex ceda* aplicable en derecho sancionador.

2º Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por infracción del artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992) y la jurisprudencia dictada en aplicación de dicho principio sobre la prueba indiciaria.

3º Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por infracción del principio de proporcionalidad ( artículo 131, Ley 30/1992 ).



**QUINTO.-** Por auto de 5 de mayo de 2016 se declaró la inadmisión del recurso de casación interpuesto por CELTIFARMA, S.L. en relación con la sanciones de 50.000 y 15.025,30 euros y se admitió por la sanción de 1.000.000 euros

**SEXTO.-** Por diligencia de ordenación de 8 de junio de 2016 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, formalizara su escrito de oposición, lo que realizó la representación de la Junta de Galicia solicitando la desestimación del recurso por las razones que constan en su escrito, con imposición de costas a la recurrente.

**SÉPTIMO.-** Concluidas las actuaciones, por providencia de 18 de diciembre de 2017 se designó Magistrado ponente y se señaló este recurso para votación y fallo el día 6 de febrero de 2018 fecha en que tuvo lugar el acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso queda ceñido a la confirmación por la sentencia de instancia de la sanción impuesta por haber incurrido la mercantil recurrente, como almacén de farmacia autorizado, en la infracción muy grave prevista en el artículo 56.c).9 ter de la Ley autonómica de Ordenación Farmacéutica, que castiga «realizar, por parte de los almacenes farmacéuticos, la adquisición de medicamentos a oficinas de farmacia o a otras entidades, centros y personas físicas sin autorización para la venta de estos productos».

**SEGUNDO.-** En cuanto a la comisión de esa infracción muy grave, la sentencia desestima la demanda con base en los siguientes razonamientos que se exponen en síntesis:

1º Se basa en la sentencia de la misma Sala y Sección de 30 de octubre de 2014 (recurso contencioso-administrativo 4748/2013 ), por la que se confirmó la sanción impuesta a la titular de una oficina de farmacia por incurrir en la infracción prevista en el artículo 56.c).9 bis Ley autonómica de Ordenación Farmacéutica, que sanciona « realizar, por parte de una oficina de farmacia, actividades de distribución de medicamentos a otras oficinas de farmacia, almacenes mayoristas, entidades y centros o personas físicas sin autorización para tal actividad ».

2º En ese caso, la farmacéutica sancionada sostuvo también que tenía depositados medicamentos en el almacén de la ahora recurrente para que se los conservase, que la Administración no probó que vendiese medicamentos a CELTIFARMA, S.L. y que ésta los vendiese a su vez a terceros, que lo que hizo fue adquirir cantidades importantes de ciertos medicamentos para aprovechar los descuentos que le hacían en el precio de venta, los depositó en el almacén autorizado CELTIFARMA, S.L. hasta que los necesitase para venderlos.

3º Pues bien, la sentencia decía que esa farmacéutica no negó que adquiriese los medicamentos de diversos laboratorios, que indicó que se remitiesen a Transportes Azcar y que se indicase a ésta que los entregase a CELTIFARMA, S.L. Sin embargo la sentencia destaca que la demandante declaró a los inspectores farmacéuticos que hacía años que no tenía relación con CELTIFARMA S.L. y que la presencia de esa mercancía en el almacén de la ahora recurrente a su nombre fue por un error del transportista.

4º La sentencia razonaba la posibilidad de que la infracción se pruebe mediante pruebas tanto directas como indirectas. Destacaba así que lo afirmado por la demandante se contradice con la aportación posterior de un contrato con CELTIFARMA, S.L. y que la justificación que dio para la adquisición de medicamentos en tales cantidades quedó desvirtuado por las razones que allí constan.

5º La sentencia admite que las tareas de conservación pueden hacerlas los almacenes autorizados a solicitud de una oficina de farmacia conforme a la definición de la distribución al por mayor de medicamentos del artículo 1.17 de la Directiva 2001/83 CE, pero la allí demandante interpretaba ese precepto ateniéndose a las palabras de forma independiente y sin ponerlas en relación con las demás.

6º De esta manera la Sala de instancia entendió que las actividades de obtención, conservación y suministro o exportación de medicamentos implican una secuencia temporal: primero se obtiene, luego se conserva y luego se suministra o exporta lo previamente obtenido; además esas actividades se relacionan con las personas con las que se realizan y así la obtención se lleva a cabo con fabricantes o sus depositarios, importadores o con otros mayoristas; la de suministro o exportación con farmacéuticos u otras personas autorizadas.

7º Por tanto la conservación supone la previa obtención de los medicamentos de fabricantes o de sus depositarios o de importadores o de mayoristas y no supone el encargo de un farmacéutico para que se almacenen los que este adquirió de terceros.

8º La conclusión a la que llegó la misma Sala en la sentencia que cita como de referencia es que los hechos están probados y en gran parte los admitió la farmacéutica allí recurrente, todo lo cual dedujo conforme a las reglas del criterio humano y las reglas de la experiencia común.



9º Llevadas esas consideraciones al caso de autos, la sentencia ahora impugnada deduce que la ausencia de facturas es lógica en una actuación ilegal y no porque el contrato de depósito sea gratuito, salvo pacto en contrario, y no requiera forma escrita. Añade que no es lógico que farmacéuticos de lugares dispares (Marín, A Coruña o A Rúa) depositen medicamentos en el almacén de la recurrente en Monforte de Lemos y que sea en cantidades superiores a las que venden en las farmacias en un período de varios años; y menos lógico es que una de las supuestas depositarias sea una farmacéutica de Sabadell que reconoció haber vendido a CELTIFARMA S.L., desde hacía varios años los medicamentos que figuran en los albaranes que obran en el expediente.

10º Concluye así la sentencia impugnada rechazando que haya falta de prueba y de tipicidad.

**TERCERO.-** El motivo Primero de esta casación invoca la infracción de los preceptos citados en el Antecedente de Hecho Cuarto. 1º de la Directiva 2001/83/CE ( artículo 1.17) del Real Decreto 2259/1994 . Su planteamiento es que mientras que la Administración recurrida - y la sentencia que así lo confirma - entiende que hay prueba de que los medicamentos conservados por CELTIFARMA S.L. los adquirió en propiedad, en realidad fue sólo poseedora en concepto de depósito. Alega así que tal conservación la hizo al amparo de la citada normativa, que permite a los almacenes de farmacia que ofrezcan el servicio de custodia de medicamentos a las oficinas de farmacia propietarias de los medicamentos, en este caso cuando por razón de espacio ese almacenaje no pueda ser realizado por las oficinas de farmacia.

**CUARTO.-** Este motivo Primero se desestima por las siguientes razones:

1º En puridad lo litigioso queda ceñido a la integración del tipo sancionador aplicado y la conducta ahí tipificada es privativa de la norma autonómica, sin que en la Ley estatal 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, se recoja tal tipo. Así en cuanto a las infracciones que pueden cometer los almacenes de farmacia lo que se prevé en el artículo 101.2.c).12ª como infracción muy grave es « *incumplir los almacenes de distribución y las oficinas de farmacia sus obligaciones legales y, en particular, no disponer de las existencias de medicamentos adecuadas para la normal prestación de sus actividades o servicios*».

2º Esta circunstancia haría a este primer motivo inadmisibile conforme al artículo 86.4 de la LJCA , ahora bien, la parte recurrente reorienta su discrepancia con la sentencia a la 2001/83/ CE (artículo 1.17 ) y al artículo 1 del Real Decreto 2259/1994 para plantear como infracción en que incurre la sentencia que ignora la posibilidad de que los almacenes de farmacia realicen actividades de mero depósito respecto de los medicamentos que sean propiedad de las oficinas de farmacia.

3º No obstante lo dicho hay que partir necesariamente del tipo sancionador que se le aplica pues con base en el artículo 56.c).9 ter de la Ley autonómica de Ordenación Farmacéutica antes transcrito, se castiga que la recurrente siendo almacén de farmacia haya adquirido medicamentos - en este caso a oficinas de farmacia - para su ulterior reventa.

4º Siendo este el tipo infractor es en buena medida secundario discernir si la normativa que se invoca como infringida, permite o no que el concepto de actividad de conservación ampare que un almacén de farmacia sea depositaria de medicamentos que son propiedad de unas oficinas de farmacia depositantes, que los han adquirido en grandes cantidades, y que los mantienen en depósito en ese almacén hasta que proceden a su venta. Además tal posibilidad no la niega la sentencia recurrida (cf. anterior Fundamento de Derecho Segundo.5º).

5º Que eso es secundario se confirma porque no se sanciona a CELTIFARMA, S.L. por conservar medicamentos entregados a título de depósito, sino porque se considera probado que no era una mera depositaria de medicamentos sino propietaria de los mismos al haberlos adquiridos a unas oficinas de farmacia para su reventa. Por tanto, aun dando por cierto que pudiera ese depósito integrarse en el concepto normativo de "conservación", lo litigioso está en esos hechos y su prueba.

**QUINTO.-** En el motivo Segundo se invoca la infracción del artículo 137 de la Ley 30/1992 toda vez que la sentencia de instancia confirma el acto sancionador impugnado con base en la prueba por indicios y entiende que el hecho que se tiene por probado mediante una presunción debe basarse en un hecho base que sí debe estar probado, por tanto, como ese hecho base no está probado debe aplicarse el principio de presunción de inocencia. Pues bien, así planteado tal motivo se desestima por las siguientes razones:

1º Ante todo la parte recurrente no plantea la infracción del artículo 315 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , es decir, no cuestiona el iter lógico que sigue la sentencia impugnada - que es el objeto de este recurso - para deducir la realización de la conducta infractora, carga especialmente exigible cuando se trata de la prueba por presunciones que requiere un especial cuidado en explicitar cómo se llega a deducir la prueba de la infracción.



2º En su lugar se ciñe al hecho base y su impugnación se centra no en cuestionar el razonamiento de la sentencia, sino en negar que haya prueba sobre el hecho base, lo que no cabe en casación fuera de aquellos casos en que se alegue y razone cumplidamente que la sentencia haya hecho una valoración ilógica, irracional o incoherente de la prueba practicada. De esta manera se ciñe al dato de la inexistencia de facturas pero nada expone, por ejemplo, de los hechos a los que se ha aludido en el anterior Fundamento de Derecho Segundo.9º.

**SEXTO.-** En cuanto al motivo Tercero, la recurrente invoca a los efectos del artículo 88.1.d) de la LJCA la infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992 que recoge el principio de proporcionalidad. A tal efecto debe destacarse que la sanción impuesta - y que la sentencia confirma - fue la multa de 1.000.000 de euros, esto es, la cuantía máxima del grado máximo pues para cada tipo de infracción la sanción se gradúa en grado mínimo, medio y máximo, de forma que el grado máximo de las muy graves va de 600.001 euros a 1.000.000 de euros.

**SÉPTIMO.-** Hay que resaltar que la recurrente no invoca como infringido el artículo 57.1 de la Ley autonómica de Ordenación Farmacéutica sino la Ley 30/1992, pese a que la ley autonómica contiene reglas específicas de graduación de las sanciones y es ese precepto el que aplica la sentencia impugnada. Tal vez esta opción de la recurrente obedezca a que ha buscado soslayar el artículo 86.4 de la LJCA lo que es innecesario, pues el artículo 57.1 de la norma autonómica reproduce en su literalidad el artículo 102 de la Ley estatal 29/2006, salvo la referencia en ésta al fraude y a la reincidencia como circunstancias llamadas a modular desde el juicio de proporcionalidad el alcance de la sanción.

**OCTAVO.-** Que la recurrente invoque como norma infringida el artículo 131.3 de la Ley 30/1992 y no el artículo 57.1 de la Ley autonómica de Ordenación Farmacéutica llevaría a desestimar este motivo pues al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA no puede juzgarse si la sentencia impugnada infringe el artículo 131.1 de la Ley 30/1992 al no aplicarlo: recuérdese que lo que se enjuicia en casación no es la legalidad de los actos impugnados en la instancia, sino el juicio que hace la sentencia de instancia, en este caso al confirmarlos. No obstante no puede ignorarse que la recurrente hace referencia al artículo 57.1 de la Ley autonómica de Ordenación Farmacéutica en dos ocasiones: una para sostener que no puede apelarse al número de farmacias implicadas pues no es una circunstancia que esté en el citado precepto y, dos, que si bien el artículo 57.1 recoge como elemento de graduación la "cifra de negocios", lo cierto es que la sentencia lo excluye.

**NOVENO.-** En consecuencia, aun constatando la mala factura de este motivo de casación, para evitar un excesivo rigor formal se enjuiciará en este motivo cómo la Sala de instancia ha hecho el juicio de proporcionalidad en los términos en que es admisible en casación. En efecto, hay que recordar que si bien en casación no cabe que se intente revisar las apreciaciones fácticas en que se basa ese juicio, sí es posible que se sostenga que el juicio de proporcionalidad hecho en sentencia está inmotivado o, motivado, es tautológico, irrazonable, arbitrario, manifiestamente erróneo o que se haya hecho al margen de los estándares que lo rigen, esto es, sin ponderar cómo debe ser de adecuada la sanción respecto de la entidad o gravedad de la infracción apreciada.

**DÉCIMO.-** Conforme a lo dicho, el artículo 131.3 de la Ley 30/1992 sólo contempla como circunstancias de graduación la intencionalidad o reiteración, el perjuicio causado y la reincidencia. Por su parte el artículo 57.1 de la ley autonómica de Ordenación Farmacéutica contempla las siguientes: negligencia e intencionalidad, grado de connivencia, incumplimiento de las advertencias previas, cifra de negocios de la entidad, perjuicio causado y número de personas afectadas, beneficios obtenidos con la infracción, duración de los riesgos generados y tipo de establecimiento o servicio en el que se ha cometido la infracción.

**UNDÉCIMO.-** La sentencia impugnada resume al respecto el planteamiento de las partes en los siguientes términos:

1º Expone que la administración justificó que se impusiese la sanción en el máximo del grado máximo por la intencionalidad de la ahora recurrente y que los hechos sancionados se han venido realizando de forma continuada en el tiempo, de forma organizada, con la participación y connivencia de oficinas de farmacia, ha supuesto la inversión del circuito legal de distribución de medicamentos y se originan riesgos sanitarios para el usuario final: desabastecimiento de los de difícil o imposible sustitución, conservación inadecuada, con la consiguiente pérdida de eficacia o seguridad, o la dificultad de la eventual retirada del mercado de un lote concreto en situación declarada de alerta, o la entrada en el mercado clandestino.

2º Seguidamente señala que la recurrente opuso que la intencionalidad y connivencia son elementos del tipo, que éste consiste en que los almacenes farmacéuticos adquieran medicamentos a oficinas de farmacia lo que o exige acuerdo de voluntades y que actúen farmacéuticos y almacenes con un director técnico implica menor riesgo sanitario; añadió que sólo estaba acreditada la existencia de tres facturas por importe de menos de 15000 euros y no hay prueba del desabastecimiento.





**DUODÉCIMO.-** Así las cosas la sentencia confirma la sanción en la cuantía máxima del grado máximo por las siguientes razones que se exponen en síntesis:

1º Acepta que las transacciones infractoras requieren acuerdo de voluntades y en el caso de autos fue con varias farmacias y no de forma aislada sino prolongada en el tiempo.

2º Respecto de la intervención de personas con conocimientos técnicos, entiende que esto no evita los riesgos que se derivan de la salida de los medicamentos de su circuito normal de distribución.

3º La cifra de negocio de la entidad y los beneficios obtenidos no son tenidos en cuenta en esta resolución.

4º Que se localizasen en el almacén diversos medicamentos lo único que significa es que todavía no habían sido distribuidos.

5º Finalmente en cuanto al desabastecimiento se tiene en cuenta el peligro de causarlo, el peligro de entrada en el mercado clandestino pero no que se hubiese producido.

**DECIMOTERCERO.-** Aplicado todo lo expuesto al caso de autos se desestima este motivo Tercero por las siguientes razones:

1º Cuando la sanción puede ir de 90.000 euros a 1.000.000 de euros y se confirma la multa de 1.000.000 de euros, esto es, en la cuantía máxima del grado máximo, es que debe estar justificada una especial gravedad en el hecho sancionado más allá de lo que supone que ese hecho esté tipificado como infracción muy grave. O dicho en otras palabras: a la vista de la amplitud prevista en la norma para concretar la cuantía de la multa, la carga de razonar y hacerlo de forma convincente es especialmente exigible, de ahí que cobre relevancia la llamada que hace la recurrente al recto ejercicio de la discrecionalidad que cuenta la Administración para optar por el grado - mínimo, medio y máximo - y dentro de cada grado por la extensión de la multa.

2º En este caso la sentencia de instancia parte de la especial gravedad de los hechos sancionados y hace una integración que, en sí, satisface los estándares de ese juicio de proporcionalidad. A estos efectos es cierto que no hace consideración alguna sobre la intencionalidad que sí aprecia el acto sancionador y que rechaza circunstancias como las relativas a la cifra de negocio o el beneficio obtenido; además, parte de circunstancias como el perjuicio causado o personas afectadas sólo las considera como riesgo, no como efectos realmente producidos.

3º Pues bien, a los efectos de la infracción que la recurrente imputa a la sentencia basta constatar que fijar la sanción en el grado máximo no depende de una acumulación de circunstancias, es bastante que concurra alguna de las previstas de especial consideración y relevancia, que es lo que sucede con las finalmente apreciadas, sin que se observe, repetimos, un juicio arbitrario, irrazonable o inmotivado. De esta manera esa especial gravedad se deduce de la connivencia de la recurrente con varias oficinas de farmacia y que fue un hecho no aislado sino continuado en el tiempo, con lo que se integran circunstancias como el grado de connivencia o la duración de los riesgos. Tal circunstancia sí puede inferirse del "grado de connivencia" que prevé el artículo 57.1 o la reiteración que prevé el artículo 131.3.a) de la Ley 30/1992 .

**DECIMOCUARTO.-** Por las razones expuestas se desestima el recurso de casación y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA se imponen las costas a la recurrente. Y, al amparo del artículo 139.3 de la LJCA las costas procesales, por todos los conceptos, no podrán exceder de 4000 euros.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

**PRIMERO.-** Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **CELTIFARMA, S.L.** contra la sentencia de 9 de julio de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso contencioso-administrativo 4078/2014 .

**SEGUNDO.-** Se hace imposición de las costas en la forma expuesta en el último Fundamento de Derecho de esta Sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA DON Jose Luis Requero Ibañez, AL QUE SE ADHIERE DON Pablo Lucas Murillo de la Cueva, A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 3267/2015.**



Con todo el respeto hacia el voto mayoritario, al amparo del artículo 157 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el presente recurso de casación con base en los siguientes razonamientos:

**PRIMERO.-** Estoy conforme con lo razonado en los Fundamentos de Derecho Primero a Decimotercero 1º. Mi discrepancia se centra en los ordinales 2º, 3º y 4º de este último Fundamento de Derecho en el que, como ponente, he recogido el parecer mayoritario de la Sala a favor de la íntegra confirmación de la sentencia impugnada.

**SEGUNDO.-** Mi discrepancia se centra en que debió estimarse el motivo Tercero de casación en lo que se refiere al juicio de proporcionalidad que lleva a la sentencia a confirmar la multa de 1.000.000 de euros.

**TERCERO.-** Considero que el Fundamento de Derecho Decimotercero, dejando el ordinal 1º tal y como consta en la sentencia mayoritaria, debió redactarse en los términos que seguidamente se exponen, añadiendo dos Fundamentos de Derecho más. De esta manera debió decirse lo siguiente:

*DECIMOTERCERO.- Aplicado todo lo expuesto al caso de autos cabe señalar:*

*1º (como consta en la sentencia mayoritaria).*

*2º En este caso la sentencia en su función revisora no ha ido siguiendo el orden de circunstancias legalmente previsto y que modulan la extensión de la multa y así cabe deducir que no hace consideración alguna sobre la intencionalidad que sí aprecia el acto sancionador y que rechaza circunstancias como las relativas a la cifra de negocio o el beneficio obtenido. Por otra parte circunstancias como el perjuicio causado o personas afectadas sólo las considera como riesgo, no como efectos realmente producidos.*

*3º Sí hace consideración la sentencia al acuerdo con varias oficinas de farmacia y que éste fue no aislado sino continuado en el tiempo, con lo que se integran circunstancias como el grado de connivencia o la duración de los riesgos. Tal circunstancia sí puede inferirse del "grado de connivencia" que prevé el artículo 57.1 o la reiteración que prevé el artículo 131.3.a) de la Ley 30/1992.*

*4º En cuanto a la "inversión del circuito legal de medicamentos", tal circunstancia no está prevista en el artículo 57.1 de la Ley autonómica de Ordenación Farmacéutica y hay que concluir que es consustancial al tipo infractor aplicado, luego si la conducta ya de por sí tiene tal entidad que es considerada como muy grave, no cabe que esa gravedad ya implícita en el tipo sirva para elevar la multa.*

*5º En cuanto a los riesgos sanitarios generados, esta circunstancia se contempla por la sentencia sólo para rechazar que no hubiera riesgo por el hecho de que tanto las oficinas de farmacia involucradas como el almacén cuentan con profesionales cualificados, pero es una circunstancia que se contempla desde el punto de vista de puesta en riesgo cuando el artículo 57.1 lo que baraja es la causación de perjuicios o de personas afectadas, lo que tiene relevancia atendiendo al número.*

*DECIMOCUARTO.- La consecuencia de lo dicho es que procede estimar el motivo Tercero. En efecto, la sentencia hace una revisión del acto sancionador de la que no puede deducirse juicio que integre la razonabilidad de la opción de imponer la sanción en el grado máximo y, dentro del mismo, para considerar que la conducta sea merecedora de la sanción máxima. Abona esta idea que la propia sentencia excluya algunas de las circunstancias que sí apreció la Administración recurrida - que, por cierto, nada opone a este motivo de casación -, y que las que confirma lo haga en unos términos ciertamente genéricos. De esta manera no se invocó por la Administración ni por la sentencia se razona para confirmar, que concurra una o unas circunstancias muy cualificadas que sean de tal gravedad que justifiquen que se imponga la sanción en la cuantía máxima del grado máximo.*

*DECIMOQUINTO.- La estimación de este motivo lleva a que se case y anule la sentencia y que, de conformidad con el artículo 95.2. d) de la LJCA se resuelva la controversia en los términos en que se planteó en la instancia. En consecuencia al haberse apreciado que sí concurren circunstancias que agravan los hechos como es el grado de connivencia con las oficinas de farmacia y que la actuación de la recurrente no ha sido aislada, se acuerda graduar la infracción en el grado medio y éste en su grado medio siendo procedente imponer la sanción de 400.000 euros de multa.*

**CUARTO.-** En consecuencia, debió estimarse ese motivo de casación, casando y anulando la sentencia en ese extremo y estimar en parte el recurso contencioso-administrativo, anulando en ese extremo la resolución impugnada en la instancia, sin hacer imposición de las costas.

En Madrid, en la fecha de la sentencia.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.