

RESOLUCIÓN (Expt. 409/97. Alimentos infantiles)

PLENO

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Berenguer Fuster, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 11 de diciembre de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Bermejo Zofío, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 409/97 (1060/97 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado como consecuencia de la denuncia de la Unión de Consumidores de España (UCE) contra Sandoz S.A. (hoy Novartis Nutrición S.A.) y otros, por prácticas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia consistentes en fijación vertical de precios y distribución exclusiva en oficinas de farmacia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 3 de marzo de 1994 tiene entrada en el Registro General del Ministerio de Economía y Hacienda un escrito de Doña M^a Ángeles Martín García, actuando en nombre de la Unión de Consumidores de España (UCE) en el que denuncia a las compañías Sandoz S.A. Española de Nutrición, Nestlé S.A., Alter S.A., Laboratorios Ordesa S.L., Schering-Plough S.A. y Pan Química Farmacéutica S.A. por reservar la distribución de determinados productos exclusivamente a las oficinas de farmacia. Acompaña fotocopias de envases y material publicitario de las denunciadas.
2. El Servicio, en procedimiento de información reservada, solicita diversos datos de las compañías denunciadas.

El 15 de diciembre de 1994, dentro del mismo procedimiento, solicita de la Subdirección de Estudios y Relaciones Internacionales que remita información sobre la cuota de mercado que ocupa cada una de las empresas citadas, referida a la alimentación preparada para lactantes cuya venta y distribución se realiza exclusivamente en oficinas de farmacia. La información solicitada se recibe el 17 de mayo de 1995.

3. El 3 de julio de 1995 el Servicio solicita informe del Subdirector General de Ordenación Farmacéutica del Ministerio de Sanidad y Consumo, quien comunica el 20 de julio que ha trasladado la petición a la Subdirección General de Higiene de los Alimentos. El 19 de octubre de 1995 se reitera la solicitud de informe, el cual no llega a recibirse.
4. El 4 de marzo de 1996 se admite a trámite la denuncia y se incoa expediente según solicitaba la denunciante. Tras la instrucción que estimó oportuna, el 23 de septiembre de 1996 el instructor formula el Pliego de concreción de hechos que se resume a continuación:

Hechos acreditados:

- 1) En cuanto a Alter Farmacia S.A.:
 - Antes de la publicación del Real Decreto 46/1996, de 19 de enero, sus únicos canales comerciales para la venta de productos infantiles y dietéticos eran hospitales, mayoristas de farmacia y oficinas de farmacia.
 - Fija en los cartonajes o envases de los alimentos infantiles el precio de venta al público que deben aplicar las oficinas de farmacia para la venta de los citados productos a los consumidores finales.
- 2) En cuanto a Laboratorios Ordesa S.L., Sandoz S.A. Española de Nutrición, Nestlé S.A. y Schering-Plough S.A.:
 - Se las imputan iguales hechos, con algunas variantes de redacción no significativas
- 3) En cuanto a Pan Química Farmacéutica S.A.:
 - Uno de sus productos, los chicles para higiene dental V6 y con vitamina C, se comercializa exclusivamente en farmacias.

Cargos que se imputan:

- 1) En relación a Alter Farmacia S.A.:

Cargo Primero: por infracción del apartado a) del artículo 1.1. de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, al fijar los precios de venta al público en las oficinas de farmacia de las leches maternizadas y productos de alimentación infantil.

Cargo Segundo: por infracción del apartado b) del artículo 1.1. de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, al limitar la distribución de alimentos dietéticos infantiles elaborados sin componentes o que no estuvieran fabricados a base de leche al canal farmacéutico y hospitales.

- 2) En relación a Sandoz S.A. Española de Nutrición, Laboratorios Ordesa S.L., Nestlé España S.A. y Schering-Plough S.A.:
 - Se las imputan iguales cargos, con alguna variante de redacción.
- 3) En cuanto a Pan Química Farmacéutica S.A.:
 - Se la imputa sólo el cargo segundo.
5. El Pliego se notifica a los expedientados para alegaciones. Una vez recibidas, el instructor redacta el Informe-propuesta el 23 de julio de 1997 en el que limita los productos objeto de las prácticas que se imputan a Schering-Plough S.A. a los cosméticos Bebesan y Diprobabe. Una vez conformado el Informe por el Director General, se envía, junto con el expediente, al Tribunal.
6. El 20 de junio de 1997, esto es, con posterioridad a la comunicación del Pliego y antes de redactar el Informe, Laboratorios Ordesa S.L. presenta una solicitud de autorización singular para un contrato de distribución selectiva de determinados productos de su fabricación. El Servicio la admite a trámite, incoando expediente de autorización (Nº 1641/97) que acumula al expediente sancionador.
7. Recibido el expediente en el Tribunal, se admite a trámite, se reconoce la condición de interesado en el expediente a la Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución (ANGED) según había solicitado y se incorpora el Informe del Consejo de Consumidores y Usuarios que en su día había solicitado el Servicio.
8. Abierto el período de prueba, practicada la propuesta y hecha su valoración por las partes, formulan éstas sus conclusiones manteniendo sus posiciones iniciales.
9. Son interesados:
 - Unión de Consumidores de España
 - Alter Farmacia S.A.
 - Novartis Nutrición S.A. (antes Sandoz S.A. Española de Nutrición)
 - Laboratorios Ordesa S.L.

- Nestlé España S.A.
- Schering-Plough S.A.
- Pan Química Farmacéutica S.A.
- Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución (ANGED)

HECHOS PROBADOS

De la prueba documental aportada al expediente y de las declaraciones de las expedientadas resultan probados los hechos siguientes.

1. Las compañías Alter Farmacia S.A., Novartis Nutrición S.A., Laboratorios Ordesa S.L., y Nestlé España S.A. han venido entregando a los revendedores sus productos de alimentación infantil con el importe del PVP impreso en los envoltorios o embalajes. Igual conducta ha observado Schering-Plough S.A. respecto de sus cosméticos Bebesan y Diprobabe y su chicle Tip.
2. Las compañías Alter Farmacia S.A., Novartis Nutrición S.A., Laboratorios Ordesa S.L., y Nestlé España S.A. no han utilizado para la venta de sus productos de alimentación infantil más que el canal farmacéutico, entregando estos productos a los revendedores con la mención impresa "venta exclusiva en farmacia" u otras equivalentes. Igual conducta han observado Schering-Plough S.A., respecto de sus cosméticos Bebesan y Diprobabe y su chicle Tip, y Pan Química Farmacéutica S.A. respecto de su chicle PQ Vitamina C.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Antes de examinar los cargos objeto de este expediente deben resolverse diversas alegaciones sobre infracciones de procedimiento formuladas por algunas de las expedientadas, y singularmente por Nestlé -que deberían llevar, según ellas, a la nulidad del procedimiento tramitado por el Servicio- como son, la existencia de cosa juzgada, el someterlas a interrogatorio en virtud de la denuncia presentada por la UCE, pero sin comunicarlas el contenido de ésta, y la falta asimismo de notificación a las demás interesadas en el expediente de la solicitud de autorización presentada por Laboratorios Ordesa S.L.

Respecto de la cosa juzgada, que resultaría del acuerdo de sobreseimiento por el Servicio de un supuesto de hecho semejante, es de observar que su Acuerdo de 30 de julio de 1993 (Exp. 875/92) decreta simplemente el archivo de una denuncia -y no el sobreseimiento de un expediente- por no acompañarse con la denuncia indicios racionales de que la negativa de suministro de productos parafarmacéuticos de que se quejaba la denunciante

obedeciera a un acuerdo o a un abuso de posición de dominio de las denunciadas. No es de apreciar la cosa juzgada al faltar un sobreseimiento firme y la identidad de sujetos, objeto y causa que la cosa juzgada exige.

Respecto de la falta de traslado de la denuncia, es cierto que el Servicio comunicó únicamente la existencia de una denuncia al tiempo que solicitaba información, pero también lo es que las expedientadas facilitaron la información solicitada en vez de pedir que previamente se las informara plenamente de la acusación que motivaba tales actuaciones; y posteriormente han tenido pleno conocimiento de la acusación y posibilidades de defensa. Y respecto de la falta de comunicación de la solicitud de autorización de Alter Farmacia S.A. estando ya calificadas como partes interesadas en el procedimiento, es cierto que ha conducido a que el Servicio elabore su Informe sobre la procedencia de la autorización sin haberlas oído; pero el Informe del Servicio no es vinculante para el Tribunal, quien resolverá sobre la petición de Alter Farmacia S.A. teniendo también en cuenta las alegaciones que sobre ella han querido hacer los otros interesados.

Por estas razones, y a la vista de la carencia de fundamentación en precepto legal expreso de que adolece la pretensión de nulidad y del principio de conservación de actuaciones que informa la regulación legal (Arts. 62 a 67 Ley 30/1992), entiende el Tribunal que no procede declarar la nulidad del procedimiento del Servicio ni de ninguno de los actos que lo integran.

2. También con carácter previo debe resolverse la invocada caducidad del procedimiento por el transcurso del tiempo concedido por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, para la tramitación del expediente por el Servicio sin que éste lo hubiera puesto fin. La petición de declaración de nulidad la ha hecho Nestlé en el primer escrito que ha presentado ante el Tribunal, tras notificársela la admisión a trámite, remitiéndose entonces la decisión al momento de la resolución final; aunque ya en la contestación al Pliego de cargos del Servicio se quejara Nestlé de las dilaciones con que el Servicio había tramitado el expediente.

Frente a las peticiones de declaración de caducidad que se han producido con anterioridad a este expediente, el Tribunal ha venido manteniendo que la caducidad del Real Decreto 1398/1993 no es aplicable ni a los expedientes incoados antes de su entrada en vigor (Resolución de 10 de octubre de 1995, confirmada por la de 28 de mayo de 1998 de la Audiencia Nacional), ni a los incoados, como

ocurre en este caso, después. Como dice la Resolución de 31 de marzo de 1998 (Exp. 403/97):

"es doctrina constante de este Tribunal el que la Ley de Defensa de la Competencia es una ley especial y completa, por cuanto contiene previsiones tanto sustantivas como procesales, teniendo la Ley 30/1992 carácter supletorio (ver, entre otras, Resolución de 9 de diciembre de 1997, Interflora 2). El Art. 50 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) establece la supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo, hoy sustituida por aquélla.

Esta especialidad se distingue ya en cuanto a la posibilidad de iniciación del procedimiento, pues la misma mantiene previsiones que son evidentemente especiales. Así, determina su inicio de oficio y también a instancia de parte interesada (art. 36.1 LDC) a diferencia de los procedimientos sancionadores que regula con carácter general el Real Decreto 1398/1993 que aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora que sólo establece su inicio de oficio (art. 11). La particularidad de la Ley se explicita aquí en que la iniciación del procedimiento no es en virtud de simple denuncia de cualquiera, sino de parte interesada, lo que guarda coherencia con la doble acción declarativa y sancionadora que la misma posibilita, según se deduce de las posibilidades que establecen los arts. 13 y 46 de la misma Ley, y ello a pesar de que el art. 37 de la LDC califique el procedimiento de sancionador, como argumenta el Colegio de Arquitectos de Canarias. Pero se olvida de que la rúbrica del título y del capítulo en que dicho precepto se imbrica, va mucho más allá según se deduce de su propia literalidad.

Ello es, además, congruente con el contenido que pueden tener las Resoluciones del TDC, según concreta el art. 46 de la misma Ley especial, donde se comprueba que su contenido, en algunos casos, es sancionador y, en otros, no. Así, la declaración de prácticas o acuerdos prohibidos (art. 46.1.a), o la de que una práctica o acuerdo es autorizable (art. 46.1.d), o la imposición de condiciones u obligaciones determinadas (art. 46.2.b), que incluso generan derechos a pesar de su prohibición. Son evidentes ejemplos del no exclusivo carácter sancionador del procedimiento de la LDC.

La condición de parte interesada, como se señala antes, legitima expresamente por la LDC para iniciar el procedimiento sin distinción de la vertiente sancionadora, o no, en que puede concluir el procedimiento (art- 36). Depende exclusivamente de la cualificación legal de interesado, que al no ser regulada expresamente por la

LDC, exige la aplicación supletoria de la norma que la modula en el ámbito administrativo. Tal cualificación se comprueba que es expansiva según la múltiple jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional. La propia Ley 30/92 acoge este carácter expansivo en la cualificación de interesado, toda vez que la refiere al titular de un derecho o de intereses legítimos individuales o colectivos (art. 31 Ley 30/1992 ...).

La anterior tesis de que el procedimiento en materia de defensa de la competencia no es exclusivamente sancionador tiene también su refrendo en el art. 45 LDC en el que se regulan, en un régimen completo, las medidas cautelares. Así, en el mismo se prevé no sólo las medidas asegurativas de la resolución principal, sino también medidas anticipativas, como las señaladas en el art. 45.1.a) (órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas...). Del mismo modo el art. 45.1.b) señala como medida cautelar la fijación de fianza para responder de la indemnización de daños y perjuicios que se pudieran causar con la conducta que va a ser enjuiciada. En ambos casos de medidas anticipativas se comprueba que no se está garantizando o previendo ningún tipo de sanción.

Al no regularse en la LDC la caducidad, podría interpretarse la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 y del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora y considerar producida la caducidad en el plazo de los 30 días siguientes al de seis meses.

El Tribunal Constitucional en STC 149/1991, establece que las leyes no pueden interpretarse de forma que conduzcan a resultados absurdos.

De aplicarse a este respecto la supletoriedad del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RD 1398/1993), evidentemente nos conduciría al absurdo. Si se computan sólo las actuaciones que tienen previstas expresamente un plazo en la LDC, nos encontramos con que se alcanzan los 125 días. Si a ello se añade el de notificación de los citados actos en el imposible término del día siguiente y se recibe el acuse de recibo también hipotéticamente al siguiente día, lo cual es evidente que resulta imposible, se precisarían no obstante 24 días más, con lo cual se alcanzaría la hipotética suma de 149 días, que trasladados a meses, en el mejor de los supuestos, se convertirán en 4 meses y 27 días. Pero como los días a computar son sólo los hábiles, por lo

que como mínimo habrá que excluir los domingos, que en 4 meses y 27 días, éstos son al menos 21, sin tener en cuenta, claro está, otros días festivos. Ello totaliza 170 días, es decir, 5 meses y 17 días, quedando en este ideal supuesto sólo catorce días para los actos que no tienen plazo: instrucción, elaboración del pliego de concreción de hechos, práctica de la prueba, que al menos ha de alcanzar 20 días según establece la Ley de Enjuiciamiento Civil y que se extenderá por más tiempo en el caso de que se admita prueba pericial, como de todos es sobradamente conocido, toda vez que tanto el art. 37.1 LDC establece el derecho de las partes a proponer prueba, pero no fija el plazo para su práctica.

A todo lo anterior habrá que añadir la práctica de pruebas ante el TDC (otros 20 días al menos), pues igual previsión en cuanto a la propuesta y no fijación de término para su práctica se contiene en el art. 40.1 y 2 LDC. También las diligencias acordadas para mejor proveer y la valoración por las partes de su resultado. Es evidente la imposibilidad material de que en los 14 días que restarían para la caducidad en el cómputo ideal antes señalado, pueda tener cabida todo esto.

Todo ello, además, sin tener en cuenta la posibilidad de solicitar ampliaciones de plazos por la mitad del tiempo inicialmente previsto en la norma, según la previsión contenida en el art. 49 de la Ley 30/1992, aunque su concesión tenga carácter potestativo. Bueno es recordar a este respecto, aunque no proceda su análisis aquí y ahora, el carácter garantista de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la indefensión y la concesión en consecuencia de la aplicación de plazo solicitado por alguna de las partes.

De todo lo anterior se deduce que no resultan aplicables a los procedimientos de la LDC (Ley especial) los plazos de caducidad de la Ley 30/92 y del Reglamento de la potestad administrativa sancionadora pues ello conduciría al absurdo, al imposibilitar el conocimiento y, en su caso, persecución de conductas y prácticas contrarias a la LDC por el TDC, órgano garante del "orden económico constitucional, en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de los intereses públicos ..." (Exp. Motivos LDC).

Al no establecerse en la LDC plazo de caducidad acorde con su sistema procesal especial y singular, es evidente que no resulta aplicable plazo alguno de caducidad".

La postura de la Resolución citada debe ser mantenida también en

este caso, declarando que no ha lugar a la solicitada caducidad del expediente.

3. Entrando ya en la cuestión de fondo, es de observar que el supuesto de hecho objeto del expediente presenta una muy estrecha semejanza con el que lo fue del expediente 363/95, terminado por la Resolución de 31 de julio de 1996. Se trata en ambos casos de que fabricantes de determinados productos que no son medicamentos extienden a éstos, de acuerdo con el sector farmacéutico, el régimen singular y excepcional -desde el punto de vista de la competencia- que la Ley prevé para los medicamentos, en una doble vertiente: impidiendo que estos productos se vendan fuera del circuito farmacéutico e impidiendo, dentro de este circuito, que las farmacias compitan entre sí en el precio de venta al consumidor. Los respectivos acuerdos encuentran su expresión en dos menciones que imprime el fabricante en el envase de los productos: una, la de "venta exclusiva en farmacias" (u otras equivalentes), que se refuerza, a veces, utilizándola también en la publicidad de los productos que se dirige a los consumidores; y, otra, la del PVP. La expresa consignación en el envase de ambas limitaciones es el medio más eficaz de conseguir los resultados perseguidos: la comercialización dentro del circuito y la igualdad del precio de venta al consumidor.

Los productos objeto de las prácticas indicadas que contempla el presente expediente son también cosméticos -Bebesan y Diprobabe- en el caso de Schering-Plough S.A., una vez que el Servicio parece haber rectificado la acusación por el chicle GTip 60, a que se extendía también el Pliego inicial, por haberse dejado de fabricar en 1994. En el caso de Pan Química Farmacéutica S.A. es un chicle, el PQ Vitamina C. Y en los cuatro casos restantes son los productos de alimentación dietética infantil.

En relación con estos últimos productos, el Decreto 2685/1976, de 16 de octubre, que establece la reglamentación técnico-sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de preparados alimenticios para regímenes dietéticos y/o especiales, distingue, a efectos de su comercialización, por una parte, entre los alimentos a base de leche, productos lácteos y componentes de leche (Art. 3.1.1.1) -en general, leches infantiles- y, de otro lado, los alimentos a base de cereales o hidratos de carbono (Art. 3.1.1.2) -papillas- y los alimentos a base de hortalizas y otros productos (Art. 3.1.1.3) -tarritos-. Los primeros -leches infantiles- (así como los especiales destinados a niños con alteraciones metabólicas) se expendirán exclusivamente en oficinas de farmacia; los demás, serán comercializados a través de los canales de alimentación, de los establecimientos especializados en alimentos de régimen y/o en las oficinas de farmacia (Art. 29).

Aunque el Decreto 2685/1976 ha sufrido modificaciones posteriores, el distinto sistema de comercialización de una y otra clase de alimentos infantiles ha perdurado hasta el Real Decreto 46/1996, de 19 de enero, que ha abierto también el canal alimentario a las leches infantiles, al establecer que se distribuirán y comercializarán en todo el territorio nacional, en sus envases de origen, a través de las oficinas de farmacia y de los canales del comercio minorista de alimentación. Sólo quedan en exclusiva para las farmacias los alimentos especiales.

La diferente naturaleza de los productos respecto de los considerados en el expediente 363/1995 no es óbice, entiende el Tribunal, dada la identidad de las prácticas, para que este caso deba también decidirse con arreglo a los mismos criterios utilizados en el expediente de referencia, que fueron extraídos de la Decisión de la Comisión Europea de 11 de enero de 1991 y de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 1992. Y que deben seguir manteniéndose.

4. El primero de los cargos que se formula a cinco de las seis empresas expedientadas -queda fuera Pan Química Farmacéutica S.A.- consiste en fijar los precios de venta al público en las oficinas de farmacia de los productos de alimentación infantil, lo que constituye una práctica del Art. 1.1.a) LDC (AH 4).
 - 4.1 La fijación del PVP no se hace por decisión unilateral del fabricante: es resultado de un acuerdo con el sector que se cumple o renueva cada vez que el distribuidor acepta los productos del fabricante con el PVP ya impreso. Precisamente una de las alegaciones exculpatorias que se han formulado es la de que el fabricante no tiene interés específico en la fijación del precio al consumidor y que si lo imprime en el envase del producto es por indicación y en interés de los revendedores; contra los cuales, se añade, debería haberse dirigido el expediente.
 - 4.2 Algunas de las restantes alegaciones exculpatorias presentadas por las empresas acusadas son semejantes a las aducidas en el Expte. 363/95, que fueron examinadas en la Resolución de 31 de julio de 1996. Así, se aduce que los precios eran simplemente recomendados y que nunca se ha exigido su cumplimiento a los distribuidores. Pero, como ya decía la Resolución de 31 de julio de 1996, aún en el supuesto de que los precios tuvieran aquella condición, lo que no resulta probado en la mayoría de los casos, el precio recomendado es admisible cuando hay suficiente competencia entre revendedores: funciona entonces como precio máximo y facilita al consumidor la comparación entre

las diferentes ofertas que se distinguen por el porcentaje de descuento que cada revendedor ofrece respecto del mismo producto. La competencia entre revendedores, sin embargo, no se da generalmente en el sistema farmacéutico, que constituye un circuito cerrado, en el que rige el "numerus clausus" y en el que la competencia en precios entre farmacias resulta colegialmente restringida, bien por las prohibiciones de descuentos y de publicidad, bien por aplicación del principio de solidaridad y dignidad profesional que impera en este gremio. Este comportamiento no competitivo de la profesión, que proviene de que el negocio farmacéutico está levantado sobre el medicamento, tiende, de hecho, a extenderse también a las mercancías que no lo son, teniendo los propios farmacéuticos un interés específico en que el fabricante señale el precio de venta al público para evitar que, en su defecto, se pueda desatar entre ellos una competencia no deseada. El interés del sector en el mantenimiento de precio fijado garantiza al fabricante que los vendedores lo observarán con carácter general, sin necesidad de ulteriores inquisiciones o apremios. En definitiva, el precio recomendado funciona en el canal farmacéutico como un precio fijo que, al ser seguido por todos, les permite a todos mantener unos mismos márgenes, coadyuvando de este modo al funcionamiento no competitivo del mercado; por lo que resulta práctica prohibida por el Art. 1.1.a) LDC, como han decidido la Comisión y el Tribunal de Primera Instancia en la resolución antes citada, y por el Art. 85.1.a) del Tratado U.E. en el supuesto de que la práctica afectara al comercio intracomunitario, lo que no parece darse en este caso.

- 4.3 Otras alegaciones se formulan ahora por primera vez. Así se dice que el señalamiento del PVP es un uso que se ha formado en el sector como consecuencia de que estos productos se han venido comercializando de siempre en las farmacias, aplicándoseles por ello los márgenes legalmente fijados para los medicamentos, limitándose el fabricante a sumar a su precio de fábrica los márgenes de mayoristas y minoristas y a imprimir en el envase del producto, como PVP, la cantidad resultante.

Frente a estas alegaciones entiende el Tribunal que la repetición de una práctica ilegítima, como es el acuerdo de señalar el precio de venta al consumidor, no puede llegar a constituir un uso porque el ordenamiento español no admite la costumbre "contra legem"; y el establecimiento de márgenes comerciales fijos para mayoristas y minoristas tiene vigencia, como deben conocer fabricantes y mayoristas, sólo para los

medicamentos. La creencia alegada en la legalidad de la práctica no hace desaparecer su antijuridicidad volviéndola lícita, sin perjuicio de que pueda ser valorada al establecer la responsabilidad administrativa del agente.

- 4.4 Por último, se ha invocado también el Real Decreto 2160/1993, de 10 de diciembre, por el que se regula la indicación de precios de los productos ofertados a los consumidores y usuarios, que establece la obligación, con excepciones, de indicar el precio en los productos que se ofrecen a los consumidores. Mas ésta es, entiende el Tribunal, obligación que incumbe al vendedor oferente y que no significa una legitimación de los pactos de fijación vertical del PVP. El Real Decreto 2160/1993 únicamente exige que la oferta al público del producto vaya acompañada del precio; no se ocupa -ni puede hacerlo- de decidir cómo el vendedor oferente fija ese precio.
- 4.5 Otras alegaciones relativas al volumen o importancia de estos productos dentro del giro total de cada empresa y de sus respectivas cuotas de mercado, y al tiempo durante el cual se ha prolongado la práctica, que son de tener en cuenta para graduar la sanción que corresponda, como se hace a continuación.
- 4.6 El Art. 10.1 permite al Tribunal imponer, a quienes deliberadamente o por negligencia infrinjan la Ley, multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico anterior a la Resolución del Tribunal.

El Servicio, afirmada la infracción, propone que no se sancione. Se basa en la aceptación de la existencia del uso de marcar el PVP de que hablan las expedientadas; en que la observancia de los márgenes establecidos para los medicamentos ha impedido que se apliquen otros mayores; y en que a partir de 1996 las expedientadas, salvo Schering-Plough S.A., han cesado en la práctica.

Entiende, sin embargo, el Tribunal que la no excusable ignorancia de los fabricantes, dado que deberían conocer que la fijación acordada del PVP es práctica ilícita puede conducir únicamente a calificar la infracción como simplemente culposa y, en cuanto forma menos grave de culpabilidad, merecer una sanción menor, pero no excluirla; que el segundo motivo no es de apreciar, porque lo que prohíbe el Art. 1.1.a) es la fijación

acordada de precios que impide que éstos sean el resultado del mercado y no que los precios fijados sean más o menos altos; y la cesación de la práctica a partir de 1996 es algo que manifiestan las interesadas, sin que la prueba aportada por algunas sea suficiente para tenerlo por demostrado. No obstante, aunque en la duda se acepte que efectivamente haya ocurrido así, la cesación en 1996 de una conducta que se venía practicando de siempre, servirá también para graduar la sanción, pero no para excluirla.

- 4.7 Para graduar la sanción deben tenerse en cuenta los criterios que enumera el Art. 10.2.

Sobre la modalidad de la infracción, decía la Resolución de 31 de julio de 1996 que la fijación de precios, como viene afirmando el Tribunal, es la conducta posiblemente más grave de las infracciones del Art. 1, al ser el precio el elemento en que primero y más visiblemente se establece la competencia entre los operadores en el mercado que, en este caso, desde el punto de vista geográfico, se limita al mercado nacional, no pareciendo que afecte al comercio intracomunitario; y, desde el punto de vista del producto, el mercado comprende los alimentos infantiles tal como fueron inicialmente definidos por el Real Decreto 2685/1976, sin que la distinción entre lácteos y no lácteos tenga trascendencia porque la práctica ha comprendido a ambos. La reserva a las farmacias de la venta de los primeros no implica la aplicación de los márgenes legales señalados para los medicamentos. Lo mismo cabe decir de los cosméticos que comercializa Schering-Plough S.A.

Para establecer las ventas de las expedientadas y las cuotas de mercado que han representado en 1994 se toman en consideración las que refleja el siguiente cuadro que consta en el estudio de la Subdirección General de Estudios incorporado al expediente (folios 126 y 127 del expediente del Servicio).

EMPRESA	Facturación 1994 (en millones Ptas.)	Cuota 1994
Alter Farmacia S.A.	4.351,0	10,9
Leches infantiles	2.299,3	10,6
Papillas lacteadas	163,7	9,4
Papillas sin leche	1.029,0	12,8
Tarritos	858,9	11,1
Otros	0,0	0,0
Sandoz Nutrition S.A.	3.875,9	9,7
Leches infantiles	3.624,0	16,7
Papillas lacteadas	21,9	1,3
Papillas sin leche	196,2	2,4
Tarritos	0,0	0,0
Otros	33,8	5,1
Laboratorios Ordesa	3.167,4	7,9
Leches infantiles	1.738,9	8,0
Papillas lacteadas	76,9	4,4
Papillas sin leche	1.062,5	13,2
Tarritos	0,0	0,0
Otros	289,1	44,0
Nestlé España S.A.	13.928,0	34,9
Leches infantiles	6.522,0	30,1
Papillas lacteadas	1.014,0	58,0
Papillas sin leche	3.894,0	48,3
Tarritos	2.360,0	30,5
Otros	138,0	21,0

No constan los datos de Schering-Plough S.A. al referirse el estudio sólo a alimentos infantiles. Según la interesada, su volumen total de negocio en 1995 fue de 17.193.465.000 pesetas y las ventas de sus cosméticos fueron de 16.141.000 pesetas.

Respecto de los efectos producidos, la práctica viene a reforzar la falta de competencia de que adolece el circuito farmacéutico. Cumple la función

cautelar de evitar el riesgo de que las farmacias inicien una competencia en precios que podría luego generalizarse a otros productos, poniendo en peligro uno de los pilares del sistema. La práctica priva a los consumidores de la posibilidad de pagar los menores precios a que, si hubiera competencia, permitiría llegar el margen con que estos productos se venden, como ha ocurrido cuando una determinada empresa comenzó a vender leches infantiles en el canal alimentario, motivo determinante de la liberalización de su venta a este sector que realizó el Real Decreto 46/1996. Es una práctica que se ha extendido en el tiempo al menos hasta el año 1996, aceptando la afirmación de las empresas y del Servicio que se cesó en ella en aquel momento; y no es de apreciar la reiteración porque estas empresas no habían sido condenadas por esta práctica con anterioridad.

Ponderando todas estas circunstancias, más las particulares de cada empresa, se estiman adecuadas las siguientes multas:

Alter S.A.	22 millones de pesetas	
Novartis Nutrición S.A. (antes Sandoz S.A. Española de Nutrición)	19 millones	"
Laboratorios Ordesa S.L.	15 millones	"
Nestlé España S.A.	69 millones	"
Schering-Plough S.A.	100.000 pesetas	

5. El segundo de los cargos que se imputa a las seis empresas expedientadas consiste en limitar la distribución de sus productos comercializándolos exclusivamente a través del canal farmacéutico y hospitalario (AH 4).

- 5.1 Conviene hacer dos precisiones, una respecto a los productos objeto de la práctica y la otra, respecto de la conducta en que la práctica consiste.

La acusación no puede comprender aquellos alimentos dietéticos infantiles cuya comercialización está reservada por la ley a las farmacias, como son los productos lácteos hasta el Real Decreto 46/1996. Esta precisión la efectúa el Pliego correctamente en el caso de Alter Farmacia S.A., citando como objeto de la práctica los alimentos dietéticos infantiles no fabricados a base de leche; pero resulta equívoca en los demás casos en que se refiere a los "citados productos", no sabiéndose si los citados son todos los productos que fabrica la empresa -en el caso de Schering- Plough S.A. se refiere a "sus" productos- o sólo los de alimentación infantil no reservados a los farmacéuticos. No obstante estas variaciones de redacción, así ha de entenderse, por lo que quedan sin objeto las alegaciones exculpatorias, en que han insistido algunas de las expedientadas, sobre la obligatoriedad legal de la venta en farmacias de las leches infantiles, desde el momento en que la

acusación no se refiere a este producto, ni siquiera después de la liberalización de su venta por el Real Decreto 46/1996.

La segunda precisión es que la práctica prohibida no consiste en "el hecho" de que el fabricante utilice únicamente el canal farmacéutico para la puesta en el mercado de los productos en cuestión, como parece dar a entender el Servicio al responder a las alegaciones que niegan la existencia de convenio alguno con los mayoristas farmacéuticos. La práctica se tipifica, y la acusación se formula, por el Art. 1 LDC, que exige un acuerdo, expreso o tácito, entre dos o más sujetos. Por lo que si no existieran acuerdos de distribución exclusiva entre el fabricante y los revendedores farmacéuticos, de modo que la venta del producto exclusivamente en las farmacias fuera resultado únicamente de una decisión unilateral del fabricante, no habría práctica del Art. 1 LDC (la acusación no contempla la posibilidad de que la haya por el Art. 6). La Resolución de 31 de julio de 1996, siguiendo las aclaraciones de la Comisión sobre este punto, había insistido en que no se prohíbe a ninguna de las empresas expedientadas utilizar el canal farmacéutico para la venta de productos que no son medicamentos, lo mismo que tampoco se impone a ninguna de ellas la realización de una política de ventas activas fuera de ese canal. Lo que se prohíbe es que el canal se cierre mediante acuerdos que impidan al distribuidor revender a minoristas distintos de las farmacias y al fabricante vender a distribuidores ajenos al canal, asegurando de este modo la estanqueidad del circuito en beneficio de fabricantes y farmacéuticos y en perjuicio de los demás vendedores y del consumidor final. Lo que se hace con estos pactos -se decía- es extender el monopolio de la venta de medicamentos, que la ley concede excepcionalmente a las farmacias, a productos distintos, obteniéndose con ello unos beneficios monopolísticos que carecen de justificación.

La existencia del acuerdo -negada por las expedientadas- resulta, lo mismo que en el caso del PVP, de la leyenda "venta en farmacias" que el fabricante imprime en la envoltura de los productos que, o es expresión o resultado de un pacto previo anterior, o constituye una de las condiciones de contratación del fabricante que el revendedor admite al aceptar el producto con la leyenda que le prohíbe la reventa fuera de las farmacias. Si no quiere aceptar la condición, debe rechazar el producto. Justamente la mención expresa en el envoltorio es el medio más eficaz para asegurar la exclusiva impidiendo que tanto el fabricante como los mayoristas vendan a extraños. Y todas las expedientadas han admitido que imprimían en sus envases expresiones similares.

- 5.2 Las alegaciones de los interesados -aparte de las que consisten en sostener la licitud de esta distribución exclusiva para el sector farmacéutico, que el Tribunal sigue rechazando siguiendo a la Resolución de 31 de julio de 1996, o que se refieren a la reserva legal a favor de las farmacias de las leches infantiles, lo que no es objeto de acusación- versan sobre la existencia del uso de extender la exclusiva a todos los alimentos infantiles, o de la inercia de los fabricantes que utilizaban este canal para la comercialización de sus medicamentos que, para algunos, representan el grueso de su producción.

El Tribunal entiende que la creencia en la legalidad de la práctica - como ocurre con el señalamiento del PVP- podrá justificar una menor gravedad de la infracción administrativa, pero no hacer la práctica lícita; y que ha quedado aclarado que no se recrimina el hecho de utilizar sólo el canal farmacéutico, sino el de acordar la exclusiva con el sector en perjuicio de los revendedores del canal alimentario y de los consumidores. La observación, que ya se hizo respecto de la fijación del PVP, de que el expediente debería haberse dirigido (también) contra los mayoristas farmacéuticos, o, mejor, contra los mayoristas que en cada caso constituyan la otra parte del acuerdo, es cierta; pero no impide que, constatada la existencia del acuerdo y de su ejecución, pueda procederse contra una de las partes -el fabricante- que es siempre la misma, sin necesidad de esperar para expedientar conjuntamente a la otra -el distribuidor- cuando esta parte, que son los distintos revendedores que han adquirido los productos, constituye una pluralidad de personas diferentes en cada contrato y que no han sido individualizadas.

Se alega también una carta que el Ministerio de Sanidad y Consumo dirigió el 27 de abril de 1984 a la Asociación Nacional de Fabricantes de Productos de Dietética Infantil en la que se indicaba que en el etiquetado de estos productos figurara "venta exclusiva en farmacias". Pero la lectura de la carta (folio 270 del expediente del Servicio); no deja lugar a dudas de que se refiere, como indica desde el comienzo, a los productos que según el Art. 29 del Decreto 2685/1976 deben expendirse exclusivamente en farmacias -leches infantiles- tratando precisamente de evitar que esta exclusividad resultara incumplida.

- 5.3 Constatada la existencia de la práctica, el Servicio propone que, salvo en el caso de Nestlé, no sea sancionada. Recoge el Servicio las alegaciones de las expedientadas acabadas de examinar, precisando que, menos Nestlé y Laboratorios Ordesa S.L., las demás expedientadas son laboratorios, o pertenecen a grupos que producen especialidades farmacéuticas, para cuya venta utilizan este canal, por lo que está económicamente justificado que también lo utilicen para sus

otros productos; y que no lo estaría el exigirles un esfuerzo adicional para situarlos en canales alternativos. A lo que añade, respecto de Laboratorios Ordesa S.L., que aunque no fabrica medicamentos como los demás, no es líder en alimentación infantil y ha solicitado autorización para un contrato de distribución selectiva de sus productos. Y respecto de Schering-Plough S.A. y de Pan Química Farmacéutica S.A. pide al Tribunal que aplique el Art. 1.3 LDC.

El Tribunal entiende que la razonabilidad económica de utilizar el canal farmacéutico para la venta de los alimentos infantiles no es objeto de discusión porque, como ya se ha indicado (FD 5.1), la conducta que se reprocha es el pacto de utilización exclusiva de este canal; que, en el caso de Laboratorios Ordesa S.L., el no ser líder en el mercado puede atenuar pero no excluir la sanción; y que la solicitud de autorización para la práctica objeto del expediente no tiene efectos retroactivos (Art. 4.2 LDC), habiéndose presentado en este caso una vez notificado el Pliego (AH 6). Además, la autorización pedida se refiere, al menos aparentemente, a un contrato de distribución selectiva, mientras que la práctica en examen consiste en un pacto de exclusiva. Por lo que las anteriores circunstancias ni justifican que Laboratorios Ordesa S.L. quede libre de sanción ni, a la inversa, sirven de fundamento, como entiende el Servicio, para que Nestlé, líder del mercado y que no ha pedido autorización, deba, sólo por ello, ser sancionada.

Se dice en el Informe-propuesta que "en el caso de Nestlé, el Servicio insistió en exigirle un esfuerzo adicional, incitándole a que su apertura comercial no se limitara a los establecimientos tipo parafarmacia, dirigiéndose también hacia hipermercados y grandes superficies comerciales. Alternativamente, el Servicio propuso la vía de la solicitud de autorización singular. Nestlé no se decantó por la autorización singular y trató de demostrar al Servicio que está ampliando su red comercial a los grandes establecimientos comerciales". Nestlé ha insistido, por su parte, en la inexactitud de la anterior afirmación y solicitó en su proposición de prueba que se indicara por el Servicio quién, cómo, cuándo y a qué persona de Nestlé hizo el Servicio la anterior proposición, cuya falta de seguimiento motiva la propuesta de sanción. Lo cierto es, entiende el Tribunal, que, salvo el párrafo reproducido del Informe -propuesta, no hay en el expediente prueba de a quien se pudo hacer tal proposición; y la hipotética inobservancia de una recomendación del Servicio no es, en sí, elemento determinante para la imposición de la sanción que se justifica, como ocurre con las demás, por haber realizado la práctica.

Con respecto a Schering-Plough S.A. y Pan Química Farmacéutica S.A., el Servicio solicita al Tribunal que aplique el Art. 1.3 LDC por la

escasa importancia de las prácticas y que no se declare que la conducta constituye una infracción ni se imponga sanción. El Tribunal entiende que corresponde declarar la infracción aunque, atendiendo a los criterios del Art. 10, no sea merecedora de sanción administrativa.

- 5.4 Para graduar la multa que corresponde, de acuerdo con los criterios del Art. 10.2, debe comenzarse por evaluar la modalidad y alcance de la restricción a la competencia que supone la práctica. En principio, podría pensarse que asegurar la estanqueidad del canal farmacéutico impidiendo la entrada en este mercado de otros distribuidores, es de menor gravedad que la fijación de precios porque deja margen a los farmacéuticos para que compitan entre sí; pero, como los farmacéuticos no suelen competir, el impedir que los productos se vendan en el canal alimentario determinará también, con toda probabilidad, una limitación de la competencia en precios -la fijación del PVP asegura definitivamente este efecto- resultando perjudicados tanto los vendedores de alimentos, que se ven privados de una oportunidad de negocio, como los consumidores, que ven reducidos los puntos de venta exclusivamente a las farmacias y unificados los precios.

El mercado geográfico afectado es el territorio nacional y el de producto está constituido por los alimentos infantiles no lácteos. Anteriormente (FD 4.7) se ha indicado el volumen de ventas de cada empresa expedientada y su cuota de mercado.

Todas las expedientadas afirman que han cesado en la práctica bien desde la incoación del expediente, bien desde el Real Decreto 46/1996.

Las pruebas presentadas no son convincentes: no se ha aportado ni testimonio fehaciente de que los envoltorios que existen y salen de la fábrica no llevan la leyenda "de venta en farmacias" ni facturas de ventas por el fabricante al canal alimentario (las que los fabricantes o los mayoristas farmacéuticos hayan podido hacer a parafarmacias son marginales). Sólo Nestlé ha aportado 28 copias de facturas de venta a establecimientos de alimentación que respaldan su afirmación de que comenzó a vender los productos no lácteos bajo la marca Nido a finales de 1996 y durante 1997; y a partir de junio de 1997 ha decidido utilizar las grandes superficies también para sus productos lácteos, lo que ha provocado la reacción inmediata del sector farmacéutico, como reflejan los recortes de prensa aportados por Nestlé, quien subraya una velada amenaza de boicot de todos sus productos por el sector, como parece deducirse de las declaraciones del Presidente del Consejo General de Colegios Farmacéuticos: "también las farmacias pueden elegir las marcas que quieren vender".

Ponderando todas estas circunstancias resultan adecuadas las sanciones siguientes:

Alter Farmacia S.A.	9 millones de pesetas	
Novartis Nutrición S.A. (antes Sandoz S.A. Española de Nutrición)	1 millón	"
Laboratorios Ordesa S.L.	5 millones	"
Nestlé España S.A.	29 millones	"

6. La solicitud de autorización de Laboratorios Ordesa S.L.

6.1 El Tribunal ha mantenido la inclusión en el Art. 1.1.b) LDC de los contratos de distribución selectiva, lo mismo que los de distribución exclusiva, por incorporar pactos que, en cuanto exceden de los elementos esenciales y naturales propios del contrato ordinario de distribución, restringen indebidamente la libertad empresarial de las partes, restricción que repercute en el mercado al traducirse en una limitación para los distribuidores excluidos, que pierden una oportunidad de negocio, y para los consumidores, que ven disminuidos los puntos de venta y, generalmente, encuentran unos mismos precios. Estas restricciones a la competencia pueden, sin embargo, ser superadas por las ventajas que para el funcionamiento competitivo del mercado representa la distribución selectiva; pero el balance competencial debe hacerse en sede de autorización, que ha de solicitarse, y no en la fase previa de tipificación de la conducta.

El Tribunal, sin embargo, como afirma la Resolución de 13 de mayo de 1998 (Exp. 379/96) ha adoptado una "nueva orientación" que "responde a las directrices consolidadas que emanan de las decisiones de la Comisión Europea y la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia y de Primera Instancia" (FD 1).

A estos efectos, la doctrina comunitaria, aunque no ha elaborado un reglamento de exención por categorías como en la distribución exclusiva, ha fijado unos criterios de carácter general cuyo cumplimiento excluye la inclusión en el Art. 1, de modo que sólo las estipulaciones que los excedan serán examinables específicamente para decidir si el contrato que las contenga es o no autorizable.

Los criterios comunitarios, aceptados por el Tribunal, son, según la formulación de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1996 (Asunto T-19/92) los siguientes : "*primero, que las características de los productos de que se trata hagan necesario un sistema de distribución selectiva,*

en el sentido de que dicho sistema constituya una exigencia legítima para preservar la calidad y garantizar una utilización correcta de los productos de que se trata, habida cuenta de la naturaleza de los mismos y en particular de su gran calidad o complejidad técnica; segundo, que la selección de los distribuidores se lleve acabo en función de criterios objetivos de carácter cualitativo fijados de manera uniforme para todos los revendedores potenciales y que se apliquen de un modo no discriminatorio; tercero, que dicho sistema persiga un resultado que tienda a mejorar la competencia y compense así la limitación de la competencia inherente a los sistemas de distribución selectiva, en particular en materia de precios; y cuarto, que los criterios exigidos no vayan más allá de lo que es necesario. Para saber si se cumplen dichos requisitos, es necesario proceder a una valoración objetiva, que tenga en cuenta los intereses del consumidor".

A la luz de estos criterios es como debe valorarse el contrato en examen para decidir si está incluido en el Art. 1 LDC y, en la medida en que lo esté, si es autorizable con arreglo al Art. 3 LDC.

- 6.2 El Servicio ha admitido la autorizabilidad del contrato por entender, sin mayor análisis, que reúne los requisitos del Art. 3.1 LDC. En cambio, se han opuesto la ANGED y NESTLÉ con argumentos que se centran fundamentalmente en la naturaleza de los productos a que se refiere el contrato, los requisitos que establece para el acceso de los minoristas a la red, la liberalización del mercado de las leches infantiles que pretende realizar el Real Decreto 46/1996, de 30 de enero, y el interés del consumidor.

En relación con los productos, el contrato presentado los define como todos los de alimentación infantil comercializados bajo alguna de las marcas de Ordesa que constan en el Anexo I, anexo que, sin embargo, no se ha aportado al expediente; y prevé que se extenderá a los que Ordesa comercialice en el futuro o a los que por Ley se liberalice su venta fuera del canal farmacéutico (C.5.b). La solicitante justifica la adecuación al producto de la distribución selectiva en razón de la necesidad de control sobre conservación y almacenamiento de las leches infantiles, invocando la directiva 91/321/CE; y afirma que los demás productos se incluyen para completar la oferta de los distribuidores. Aduce también la solicitante que en 1994 fue acusada de que un producto suyo causaba una enfermedad infantil, lo que la produjo una notable disminución de ventas, aunque luego se demostrara que la acusación era falsa.

Los oponentes afirman, por su parte, que los alimentos infantiles son productos muy homogéneos por la detallada reglamentación administrativa de su fabricación, que hace similares a los de todas las marcas, incluidos los de Ordesa; que no son de lujo o selectos sino de consumo generalizado; y que su manipulación comercial no requiere mayores precauciones que la de otros muchos alimentos, por ejemplo, la leche ordinaria, que se presenta en forma líquida, mientras las infantiles lo son en polvo. Los productos de Laboratorios Ordesa S.L. no tienen un "aura de lujo" a proteger -más bien tratan de apropiarse del prestigio que rodea a la venta en farmacia- ni complejidad técnica en su utilización, ni su comercialización requiere ninguna especialización porque quien aconseja la alimentación del niño es el pediatra. Las razones alegadas por Ordesa para justificar la necesidad de la distribución selectiva de las leches infantiles son las que apoyaron su venta exclusiva en farmacias hasta la liberalización efectuada por el Real Decreto 46/1996, de 19 de enero, que las consideró insuficientes, decretando su venta también en el ordinario circuito de la alimentación; y son las mismas que se han utilizado por el Consejo General de Colegios Farmacéuticos para impugnar el Real Decreto 46/1996, habiendo sido examinadas y rechazadas por la STS de 25 de mayo de 1998: *en el caso de autos "se acude a la liberalización para obtener una importante disminución en los precios de estos productos, sin que corra riesgos la sanidad pública; pues de los informes se desprende que, al estar elaborados con los pertinentes controles de seguridad y calidad, la composición predeterminada, la información homogénea y exhaustiva, su inclusión en envases herméticos y no manipulables y el asesoramiento médico general en el período de lactancia constituyen elementos suficientes para una comercialización segura de estos alimentos"*.

En segundo lugar, los requisitos cualificativos que propone Ordesa para la selección de minoristas están pensados para el canal farmacéutico, como reconoce Ordesa al calcular que se adherirán al sistema "prácticamente la totalidad de las farmacias". Por una parte, la obligación de tener un farmacéutico (o equivalente) en el punto de venta (C. 6.5 a 6.15) puede ser aceptada por las grandes superficies, pero no es previsible que sea asumida por el resto del comercio minorista alimentario, que es el único existente en la gran mayoría de localidades españolas; y, de otro lado, los demás requisitos sobre establecimiento y área de ventas no son de fácil cumplimiento por las grandes superficies; por ejemplo, la obligación de abrir una ficha y un carnet de lactante a cada consumidor (6.16), ficha que, sin embargo, las farmacias suelen tener abiertas a sus clientes para facilitarles la desgravación fiscal.

La falsa acusación sobre la insalubridad de un producto que produjo a Ordesa un quebranto económico se refería a la composición, no a la manipulación del producto, por lo que es independiente y debe desvincularse del canal de distribución; y la Directiva 91/321/CEE, debidamente traspuesta al derecho español, no pretendió regular la comercialización, como declaró la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1995 (C-391/92).

En definitiva, se trata, a juicio de los oponentes, de un contrato de distribución exclusiva encubierta a favor del canal farmacéutico que volvería a reservar a las farmacias las leches infantiles frente a la liberalización realizada, en beneficio del consumidor, por el Real Decreto 46/1996. Si en otra clase de mercados podría concederse quizá la autorización pedida, dada la cuota de mercado de la solicitante, en el específico de las leches infantiles, que legalmente está en transición desde el monopolio de las farmacias a un mercado en el que intervengan, en beneficio del consumidor, todos los minoristas de alimentación, incluidas las grandes superficies, la autorización de contratos como el de Ordesa significaría frustrar los propósitos liberalizadores. Se estaría ante un fraude de ley.

Añade Nestlé que desde el punto de vista del mercado, y a pesar del Real Decreto 46/1996, las demás expedientadas siguen manteniendo la exclusiva farmacéutica para las leches infantiles, pretendiendo establecer una inexistente diferencia cualitativa con las que han pasado a venderse en las grandes superficies que justificaría un más alto precio y una segmentación del mercado en perjuicio del consumidor, en lo que se ven apoyadas por el sector farmacéutico que reaccionó de la forma antes indicada frente a la decisión de Nestlé de venderlas también a los minoristas de alimentación.

El Tribunal entiende que, antes de examinar el contenido del contrato presentado, examen que debería hacerse del modo detenido y preciso con que lo efectúa la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1996 citada al principio (6.1), hay que tener en cuenta las ambigüedades que se detectan en el texto presentado. Las partes intervinientes son, exclusivamente, Ordesa y el distribuidor, cuyo concepto se deja en blanco (C.1), aunque en la información que lo acompaña se alude a que serán distribuidores los mayoristas farmacéuticos (folio 567). La condición para ser distribuidor mayorista parece ser la de cumplir con la obligación fundamental que se le impone por el contrato, esto es, constituir una red minorista a través de la cual revenderá los productos. Sin red minorista no se puede ser

distribuidor, cuya intermediación es necesaria para adquirir los productos de Ordesa ya que los minoristas deben dirigir sus pedidos al mayorista. No hay venta directa de Ordesa a los minoristas, por importantes que sean, ni vinculación contractual entre ellos y el fabricante. Las grandes superficies, cuya entrada en la venta de las leches infantiles ha sido decisiva para la liberalización y la disminución de su PVP, habrán de buscarse un distribuidor que tenga firmado el contrato con Ordesa para tener acceso a los productos y, además, quiera seleccionarlas como minoristas revendedores, porque la selección de minoristas la hacen los mayoristas, a quien se encomienda la aplicación de los criterios establecidos por el contrato y la redacción del respectivo contrato, no habiéndose acompañado a la solicitud el modelo de contrato mayorista-minorista.

Si a ello se une la amplitud de los productos a que el contrato se refiere en la actualidad y en el futuro y la reciente apertura del canal alimenticio para la venta de leches infantiles, el Tribunal entiende que el contrato, tal como ha sido presentado, no es autorizable.

7. Además de la declaración de la existencia de prácticas prohibidas y de la imposición de multas, el Art. 46 LDC permite al Tribunal la adopción de otras medidas entre las que se encuentran la de cesación de las prácticas declaradas y la de remoción de sus efectos. La primera procede cuando no se tiene la suficiente certeza de que las prácticas han cesado realmente, como ocurre en este caso; la segunda exige concretar los efectos contrarios al interés público, que no cabe confundir con la indemnización de los daños sufridos por los perjudicados, cuestión que no es competencia del Tribunal (Art. 13 LDC), así como decidir la forma en que serán removidos.

La Resolución de 31 de julio de 1996 entendió que la práctica, reiterada en el tiempo, de la utilización exclusiva del sector farmacéutico para la venta de los productos había creado una apariencia de legitimidad de la práctica -en el caso presente los expedientados han hablado de la existencia de un uso mercantil- que afectaba también a los operadores ajenos al canal y a los consumidores, adoptando dos medidas para la remoción de este efecto: la de que las empresas autoras de la práctica se dirijan a la ANGED manifestando que están dispuestas a atender los pedidos que sus asociados les formulen, siempre que se acepten sus condiciones generales de distribución y venta, que para ello deberán enviar a la ANGED; y que cesen en la publicidad que pueda inducir a mantener la creencia de la venta exclusiva en farmacias.

8. Por último, el Art. 46.5 ordena la publicación de la resolución, a costa de los sancionados, tanto en el BOE como en diarios de ámbito nacional y

provincial. Se precisa que la publicación comprende la parte dispositiva de la resolución y que la publicación se hará en el BOE y en un diario de ámbito nacional.

Por todo ello el Tribunal

RESUELVE

1. Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia del Art. 1.1.a) LDC consistente en acordar la fijación del precio de venta al público de los alimentos dietéticos infantiles que ponen en el mercado para su distribución las empresas que se relacionan, responsables de la práctica en concepto de autoras:

- Alter Farmacia S.A.
- Novartis Nutrición S.A. (antes Sandoz S.A. Española de Nutrición)
- Laboratorios Ordesa S.L.
- Nestlé España S.A.

2. Declarar la existencia de la misma práctica respecto de los cosméticos Bebesan y Diprobabe que pone en el mercado Schering-Plough S.A.

3. Imponer las multas siguientes:

Alter S.A.	22 millones de pesetas	
Novartis Nutrición S.A. (antes Sandoz S.A. Española de Nutrición)	19 millones	"
Laboratorios Ordesa S.L.	15 millones	"
Nestlé España S.A.	69 millones	"
Schering-Plough S.A.	100.000 pesetas	

4. Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia del Art. 1.1.b) LDC consistente en acordar la distribución exclusivamente a través del canal farmacéutico, de los alimentos dietéticos infantiles no lácteos que ponen en el mercado las empresas que se relacionan, responsables de la práctica en concepto de autoras:

- Alter Farmacia S.A.
- Novartis Nutrición S.A. (antes Sandoz S.A. Española de Nutrición S.A.)
- Laboratorios Ordesa S.L.
- Nestlé España S.A.

5. Declarar la existencia de la misma práctica respecto de los cosméticos Bebesan y Diprobabe y del chicle V6 con vitamina C vendidos por Schering-Plough S.A. y Pan Química Farmacéutica S.A. respectivamente.

6. Imponer las multas siguientes:
- | | | |
|---|-----------------------|---|
| Alter Farmacia S.A. | 9 millones de pesetas | |
| Novartis Nutrición S.A. (antes Sandoz S.A. Española de Nutrición) | 1 millón | " |
| Laboratorios Ordesa S.L. | 5 millones | " |
| Nestlé España S.A. | 29 millones | " |
7. No autorizar el modelo de contrato de distribución selectiva presentado por Laboratorios Ordesa S.L.
8. Intimar a todas las empresas citadas anteriormente para que cesen de inmediato en las prácticas descritas y a Laboratorios Ordesa S.L. en especial para que no ponga en práctica el contrato presentado o cese en su aplicación si ya lo hubiera hecho.
9. Ordenar a las empresas responsables de la práctica de los números 4 y 5 anteriores que dirijan una comunicación a ANGED, para que la difunda a sus asociados, en la que se indiquen las condiciones de distribución y venta de los productos citados.
10. Ordenar a las mismas empresas que dejen de emplear en la publicidad de los productos la expresión "de venta en farmacias" y otras semejantes que puedan inducir a los consumidores a pensar que el producto se vende exclusivamente en farmacias.
11. Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el BOE y en un diario de ámbito nacional a costa de las empresas autoras de las prácticas.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL SR. BERMEJO ZOFÍO

A mi modo de ver la petición de Nestlé de que se declare la caducidad del expediente tramitado por el Servicio está ajustada a derecho y, por ello, debió ser atendida.

1. La caducidad de los expedientes sancionadores de la LDC por inactividad de la Administración ha sido introducida por la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, y por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

- 1.1 En la situación anterior a la Ley 30/1992 el Tribunal había decidido que no procedía la caducidad de los expedientes sancionadores por inactividad del Servicio o del Tribunal al no prever esta figura ni la LDC, ni sus normas de desarrollo, ni sus normas supletorias (la LPA de 1958 contemplaba sólo la caducidad por inactividad del administrado); pero aceptó, en cambio, que la inactividad de la Administración provocara la reapertura del plazo de prescripción, cuyo transcurso ininterrumpido haría prescribir la infracción -o la acción para su persecución- (Resolución de 5 de octubre de 1993, Exp. 298/81; Auto de 6 de abril de 1995, Exp. 344/94; Resolución de 14 de noviembre de 1994, Exp. r 93/94).
- 1.2 La Ley 30/1992 establece la caducidad por inactividad de la Administración (Art. 43.4), deroga "todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley" (Disposición Derogatoria primera) y da un plazo para que por vía reglamentaria se adecuen a ella las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos "cualquiera que sea su rango" (Disposición Adicional tercera). Los expedientes iniciados después del periodo concedido para la adaptación sin que ésta se haya producido, se regirán "en todo caso" por la Ley 30/1992 (Disposición Transitoria segunda 2 y 3). El Reglamento de adaptación de la LDC no llegó a ser aprobado.
- 1.3 El Real Decreto 1398/1993, que desarrolla la Ley 30/1992 aprobando el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, enumera las materias no sujetas al mismo, entre las que no se llegó a incluir la de Defensa de la Competencia, y establece también la caducidad (Art. 20.6) para los procedimientos incluidos en su ámbito de aplicación.
- 1.4 Por último, la Ley 66/1997 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (Ley de acompañamiento a los presupuestos de 1998), introduce dos innovaciones: la de carácter general, consistente en volver a considerar a la Ley 30/1992 simplemente como supletoria de la LDC y la referida en especial a la caducidad ampliando los plazos establecidos para la misma por la Ley 30/1992 y el Real Decreto 1398/1993, tanto para el procedimiento del Servicio -ahora dieciocho meses desde la incoación- como para el del Tribunal -ahora doce meses más treinta días desde la admisión a trámite-. Al ser una norma de procedimiento y que afectaría negativamente a derechos de los particulares no tiene efectos retroactivos, aplicándose únicamente a los procedimientos iniciados a partir del 1 de enero de 1998.

2. Como indica Nestlé, las fechas relevantes para decidir sobre la caducidad del expediente son: el 3 de marzo de 1994 en que el Servicio recibe la denuncia; el 6 de mayo de 1994 en que decreta la apertura de una información reservada y notifica la existencia de la denuncia a las denunciadas; el 4 de marzo de 1996 en que incoa el expediente; y el 23 de julio de 1997 en que, elaborado el Informe-propuesta, envía el expediente al Tribunal .

Teniendo en cuenta: que el Real Decreto 1398/1993 entró en vigor el 10 de agosto de 1993, es decir, ocho meses antes de recibirse la denuncia; que el procedimiento sancionador de la LDC no está entre los excluidos del ámbito de aplicación del Real Decreto 1398/1993; que no se ha llegado a publicar el Reglamento de adaptación de la LDC a la Ley 30/1992; y que la Ley 66/1997 excluye expresamente su efecto retroactivo, resulta que a este procedimiento le es directamente aplicable el Art. 20.6 del Real Decreto 1398/1993 que impone la caducidad por el transcurso de treinta días desde la finalización del plazo de seis meses a contar de su iniciación, tiempo que había sobradamente transcurrido cuando el Servicio concluyó el expediente y se solicitó la declaración de caducidad, tanto si el cómputo se inicia desde la recepción de la denuncia como si la fecha de referencia es la de incoación del expediente.

A mayor abundamiento, el plazo de seis meses para la tramitación propia del Servicio no es una innovación: era el plazo que ya concedía el Art. 26 del Reglamento del Servicio, si bien, antes de la Ley 30/1992 y del Real Decreto 1398/1993, su transcurso sin haber finalizado el expediente no se sancionaba con la caducidad. Y, recuerda Nestlé, la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, de 20 de marzo de 1996, por la que se publica la relación de procedimientos de la Administración General del Estado, recoge el plazo de seis meses para la instrucción del procedimiento sancionador por el Servicio de Defensa de la Competencia, plazo que ratifica la Resolución de la misma Secretaria de Estado de 27 de noviembre de 1997. Nestlé pide al Tribunal que, como consecuencia, declare la ya producida caducidad.

3. Frente al razonamiento anterior, los dos argumentos en que la mayoría basa la negativa a declarar la caducidad del expediente del Servicio –la "especialidad" de la LDC y la inadecuación del plazo previsto- no me parecen convincentes.

3.1 La "especialidad" de la LDC, en primer lugar, no ha sido aceptada por la Ley 30/1992 ni por el Real Decreto 1398/1993 que no establece ninguna excepción, general o singular (por ejemplo, en plazos) para la LDC; el Proyecto de Reglamento, de 14 de febrero de 1994, de adaptación de la LDC a la Ley 30/1992, establecía plazos especiales pero no vio posible excluir la aplicación preferente de la Ley 30/1992; al fin ha

sido necesario recurrir a la Ley 66/1997, para que la LDC sea de aplicación preferente y la Ley 30/1992 y su Decreto de desarrollo vuelvan a tener, como la LPA de 1958, valor complementario.

En segundo lugar, la caducidad por inactividad de la Administración es institución no contemplada en la LDC, por lo que no se produce el conflicto entre regulación propia y nueva regulación que es el que se resuelve con el principio de especialidad; en consecuencia, aunque fuera sólo por vía supletoria, la caducidad es de aplicación a la LDC. La solución que adoptó el Tribunal antes de la Ley 30/1992 (punto 1.2 anterior) se basaba en que tampoco las normas supletorias de la LDC regulaban la caducidad; y las que decidieron la no aplicabilidad del Real Decreto 1398/1993 a los expedientes iniciados antes de su entrada en vigor (FD 2) tuvieron en cuenta el momento de su incoación y no la falta de aplicabilidad en sí del Real Decreto 1398/1993, en cuyo caso la fecha de incoación hubiera sido indiferente.

En mi opinión, por tanto, la "especialidad" de la LDC no justifica la no aplicabilidad al procedimiento del Servicio de la nueva regulación de la caducidad por inactividad de la Administración.

3.2 La insuficiencia del plazo de seis meses más treinta días que establece el Real Decreto 1398/1993 se basa en el artificio de considerar que todos los trámites que regula la LDC, desde la incoación por el Servicio hasta la resolución final del Tribunal, constituyen, a efectos de la caducidad, un único procedimiento que debería llevarse a cabo en el plazo indicado. Creo, más bien, que son dos procedimientos distintos que tienen su regulación en dos secciones separadas de la LDC, que son de carácter autónomo y se tramitan enteramente por dos órganos diferentes, razones por las que tanto el non nato Reglamento de adaptación, como la Ley 66/1997, les conceden plazos distintos. El procedimiento ante el Servicio se inicia por la incoación y termina con la decisión o de sobreseer o de acusar. El sobreseimiento pone fin al caso sin posibilidad de que intervenga el Tribunal, salvo que haya un interesado que recurra. El Tribunal, en este supuesto, abre un procedimiento en el que el Servicio únicamente informa el recurso. Si en vez de sobreseer, el Servicio acusa, el Tribunal inicia su procedimiento con la admisión a trámite y lo termina con la resolución final, no interviniendo el Servicio más que de manera eventual y a efectos meramente informativos. Sólo puede intervenir en tres supuestos: cuando el Tribunal convoque al instructor "para que le ilustre sobre aspectos determinados del expediente"; cuando el Tribunal cambie de calificación, en que también "oirá al instructor" (Art. 43.1) y cuando el Tribunal decida la celebración de vista, en la que "intervendrá" el Servicio (Art. 41.2). El Reglamento del Tribunal precisa que el Servicio asistirá "al objeto de exponer el Informe-propuesta remitido al Tribunal y de hacer las declaraciones que éste le pidiere" (Art. 43) carácter limitado de la intervención del Servicio que el Presidente tiene la obligación de

hacer cumplir, llamando al orden al Servicio cuando se aparte del contenido de su Informe-propuesta y pudiéndole retirar el uso de la palabra (Art. 44.3).

Los seis meses que su Reglamento concede al Servicio creo que siguen siendo suficientes para ultimar una diligente tramitación para la que la vigente LDC no ha dispuesto más trámites ni mayores plazos (Art. 37.2) que los previstos en el propio Reglamento del Servicio (Arts. 21 a 26), cuyo Art. 26.2 no parece que "se oponga" a la Ley 16/1989 (Disposición Derogatoria Ley 16/1989), por lo que entiendo que sigue vigente, siendo la única novedad material de la nueva legislación la precisión de los efectos de la demora del Servicio. Incluso creo también, aunque no sea objeto de discusión en este expediente, que los trámites que la Ley 16/1989 prevé para el procedimiento del Tribunal tienen cabida en los seis meses más treinta días del Real Decreto 1398/1993.

Ciertamente la ampliación del plazo que para ambos procedimientos ha efectuado la Ley 66/1997 permitirá una más sosegada tramitación, pero sólo para los incoados por el Servicio o admitidos a trámite por el Tribunal a partir del 1 de enero de 1998; y aunque haya quedado sin resolver qué ocurre cuando el Servicio no termina el procedimiento de información reservada en el plazo de treinta días que le concede su Reglamento (Art. 17 in fine).

4. Constatada la caducidad, hay que precisar sus efectos porque si bien, como regla, su declaración pone fin al expediente (Art. 87.1 Ley 30/1992) "podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento", y en todo caso "no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción" (Art. 92.3 y 4 Ley 30/1992).

Estos peculiares efectos, que a mi entender lo son de toda caducidad administrativa, cualquiera que sea su causa o su naturaleza (el Real Decreto 1398/1993 tiene normas específicas para la prescripción, pero no para la caducidad), diferencian la caducidad administrativa de la civil, por lo que alguna doctrina la designa con otra denominación -perención- para evitar la confusión que provoca el "nomen iuris"; y permiten que se hubieran salvado los procedimientos de mayor relevancia para el interés público tramitados antes de la Ley 66/1997 con inobservancia, por el Servicio o por el Tribunal, del plazo de seis meses, con lo que se hubiera llegado a una solución próxima a la perseguida por la mayoría; pero por un medio, siempre en mi opinión, jurídicamente más correcto.

Madrid, 14 de diciembre de 1998