

Id. Cendoj: 28079230062002100598
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 13/12/2002
Nº de Recurso: 38/1999
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a trece de diciembre de dos mil dos.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 38/99 y acumulados que ante esta

Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional han promovido: la Procuradora D^a

Gloria Rincón Mayoral en nombre y representación de ALTER FARMACIA S.A.; el Procurador

D..Eduardo Codes Feijoo en nombre y representación de NOVARTIS CONSUMER HEALTH S.A. y

NESTLE ESPAÑA S.A. y la Procuradora D^a Gloria Leal Mora en nombre y representación de

LABORATORIOS ORDESA S.L. frente a la Administración del Estado defendida y representada por

el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la

Competencia el día 11-XII-98 siendo codemandados ASOCIACION NACIONAL DE MEDIANAS Y

GRANDES EMPRESAS DE DISTRIBUCIÓN (ANGED) representada por el Procurador Sr.

Villasante García, en materia relativa a sanción por conductas prohibidas. Ha sido Ponente la

Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Los recursos se interpusieron como sigue: 1º Alter Farmacia S.A. interpuso su recurso el día 20 de enero de 1.999, turnado con el núm. 38/99. 2º Novartis Consumer Health S.A. interpuso su recurso el día 20 de enero de 1.999, y le correspondió el num. 41/99. 3º Nestlé España S.A. interpuso su recurso el día 21 de enero de 1.999 y le correspondió el num. 46/99. 4º Laboratorios Ordesa S.L. interpuso su recurso el día 20 de enero de 1.999 en el Juzgado de Guardia y le correspondió el número 47/99. En todos los casos, la Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

Por auto de fecha 27 de abril de 2000, se acordó la acumulación de los cuatro recursos, y la tramitación con el número 38/99.

Segundo.- En el momento procesal oportuno:

1º Alter Farmacia S.A. formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que "estimando la pretensión formulada en esta Demanda y con expresa imposición de costas a la Administración demandada, declare contraria a derecho la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 11 de diciembre de 1.998 corregida mediante la de 29 de diciembre anulándola en todos sus extremos números 1 a 10 ambos incluidos de su cuerpo resolutivo, o, subsidiariamente, reduciendo la cuantía de las multas impuestas en los números 3 y 6 de su cuerpo resolutivo; ordenando a la Administración demandada el reembolso del pago de las multas impuestas a ALTER FARMACIA S.A. con sus correspondientes intereses para el caso de que este se hubiera efectuado a la fecha de la sentencia; y para el caso que de durante la tramitación del presente recurso mi representada se vea obligada al cumplimiento de la obligación establecida en el número 11 del cuerpo resolutivo de la Resolución a la indemnización por los daños y perjuicios y costes que, en su caso, dicho cumplimiento le ocasionen".

2º Novartis Consumer Health S.A. presentó escrito de demanda, exponiendo fundamentos de hecho y de derecho que justifican a su juicio el suplico por el que se dicte sentencia por la que "a) Declare nulos de pleno derecho por aplicación del artículo 62 de la LRJPAC y en consecuencia revoque y deje sin efecto los pronunciamientos contenidos en la Resolución de 11 de diciembre de 1.998 del TDC objeto de impugnación que afecten a mi poderdante, en particular: -de los contenidos en los apartados 1º y 4º del dispositivo de la Resolución recurrida, por los que se imputa a NOVARTIS NUTRITION S.A. la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1.1.a) y 1.1.c) de la Ley de Defensa de la Competencia; -de los contenidos en los apartados 3º y 6º del dispositivo de tal Resolución por los que, como consecuencia de tales declaraciones se imponen a mi poderdante sendas multas de 19 y 1 millón de pesetas respectivamente; -del relativo a la denominación de la Resolución ("Sandoz") procediendo en su caso a darle una diferente; -de los que finalmente resultan de los apartados 8º, 9º, 10º y 11º en cuanto afecten a mi poderdante y en cuanto a los requerimientos e intimaciones que de los mismos se pudieren derivar para aquella. b) Subsidiariamente, para el caso de desestimación del pedimento anterior, declare la anulabilidad de los pronunciamientos en el mismo referidos, por aplicación del artículo 63 de la LRJPAC al haberse dictado todos ellos con infracción del ordenamiento jurídico y de los derechos de defensa de mi poderdante".

3º Nestlé España S.A. formalizó la demanda mediante escrito en el cual, con base en los fundamentos de hecho y de derecho que deja expuestos suplica se dicte sentencia por la que se declare "nula la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de diciembre de 1.999 por la que dicho Tribunal impuso dos multas de 69.000.000 ptas y 29.000.000 ptas a mi representada o en su defecto, rebaje sustancialmente la cuantía de dicha multas y se deje asimismo sin efecto la sanción consistente en publicar el texto dispositivo de la resolución en el BOE y en un periódico de circulación nacional".

4º Laboratorios Ordesa S.L. presentó escrito de demanda con base en los fundamentos de hecho y de derecho que estimó relevantes, solicitando en el suplico se dicte sentencia por la que "1º Declare la nulidad de pleno derecho, en el sentido del artículo 62 de la LRPAC y por consiguiente revoque y deje sin efectos los pronunciamientos contenidos en los dispositivos 1, 3, 4, 6, 8 y 11 de la Resolución del Tribunal de Defensa de la competencia de 11 de diciembre de 1.998 por -haberse producido la caducidad del procedimiento sancionador; -estar viciado de nulidad de pleno derecho el procedimiento sancionador, ante los numerosos vicios substanciales de procedimiento que se han producido a lo largo del expediente; - no existir ninguna infracción al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, - ser improcedente la sanción económica y, en su caso, carecer de toda motivación la misma, así como las órdenes de cesación y remoción impuestas por el Tribunal a ORDESA. Subsidiariamente declare la anulabilidad, de conformidad con el artículo 63 LRJPAC de dichos pronunciamientos al haber sido dictados en infracción del ordenamiento jurídico y de los derechos de defensa des ORDESA. 2º Declare la anulabilidad, de conformidad con el artículo 63 LRPAC y por consiguiente revoque y deje sin efectos el pronunciamiento contenido en el Dispositivo 7 de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 11 de diciembre de 1.998 por el que no se autoriza el modelo de distribución selectiva presentado por ORDESA por haber cometido el Tribunal un grave error de apreciación de los términos del contrato y del mercado considerado. 3º En su caso y de estimarlo procedente esta Sala declare que a la vista del examen del contrato notificado, una autorización como la solicitada por ORDESA sería plenamente respetuosa con todos los criterios exigidos por la jurisprudencia del TJCE y del propio TDC en relación con los sistemas de distribución selectiva".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La codemandada se opuso asimismo al recurso y mediante escrito de 6-XI-99 solicitó la desestimación del recurso de ORDESA y la confirmación del Acuerdo impugnado.

Cuarto.- La Sala acordó recibir a prueba el recurso practicándose la documental y la testifical a instancias de la parte actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

Quinto.- La Sala dictó Providencia señalando por votación y fallo del recurso la fecha del 11 de diciembre de 2.002 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el Acuerdo dictado el día 11 de diciembre de 1.998 por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 409/97 por el que acuerda :

"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."

SEGUNDO.- Los cuatro recurrentes alegan en primer lugar la caducidad del procedimiento administrativo, porque la tramitación del expediente sobrepasó los plazos de caducidad establecidos en el ordenamiento jurídico que entienden de aplicación: el artículo 20 pfo. 6 del Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento de la Potestad Sancionadora en relación con el art. 43.4 de la Ley 30/92.

El artículo 43.4 de la Ley 30/1992 establece la caducidad de los procedimientos no susceptibles de provocar una resolución favorable al interesado cuando se exceda el plazo señalado para resolverlos y treinta días más. Como alegan las partes, y esta Sala ha establecido en anteriores sentencias, la Ley 30/1992 no excluye en su disposición adicional octava los procedimientos seguidos por el Tribunal de Defensa de la Competencia de su ámbito de aplicación, y el artículo

50 de la Ley de Defensa de la Competencia declara de aplicación supletoria los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Ahora bien, tal aplicación supletoria lo es respecto de aquellos aspectos compatibles con la naturaleza de los procedimientos seguidos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. Así las cosas hemos de recordar que la Ley 30/1992 en su artículo 92.4 excluye la aplicación de la caducidad cuando se encuentre implicado el interés público, como en el caso de los expedientes seguidos en defensa de la competencia en los que, junto a la potestad sancionadora, existe un claro interés público tutelado y unos perjudicados cuyos intereses legítimos han de ser protegidos. De otra parte, basta un examen de los plazos establecidos en la Ley de Defensa de la Competencia antes de su reforma en este extremo para comprobar que no es posible, sumando los distintos periodos del procedimiento la tramitación en el tiempo señalado con carácter general para los expedientes sancionadores, lo que hace imposible la aplicación de tal plazo.

Finalmente, lo que es más importante, el efecto de la caducidad no es la anulación del acto dictado en el expediente caducado, sino el archivo de éste y el inicio de un nuevo expediente mientras no haya operado la prescripción, siempre antes de haber sido dictada la resolución de fondo. Ello resulta claro si atendemos a que el artículo 63.3 de la Ley 30/1992 no implica la nulidad del acto de imposición de una sanción administrativa fuera del plazo legalmente previsto para la tramitación del expediente sancionador.

De todo ello podemos concluir: 1º que no son aplicables (antes de la reforma legal que introdujo en la Ley de Defensa de la Competencia sus propios plazos de caducidad) los plazos que con carácter general se establecieron tanto en la Ley 30/92 como en el Real Decreto para regular el ejercicio de la potestad sancionadora, para la tramitación de expedientes sancionadores; 2º que aún habiendo excedido los plazos máximos señalados en la Ley de Defensa de la Competencia y treinta días más - por aplicación del artículo 43.4 de la Ley 30/1992 -, existía un claro interés público que no puede verse afectado por la caducidad, al menos en la declaración de ser la conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia; y, 3º respecto de las sanciones impuestas, no resultan anulables por aplicación del artículo 63.3 de la Ley 30/1992 por el simple hecho de que el expediente haya excedido los plazos de tramitación; el efecto de la caducidad es el archivo de actuaciones antes de dictar la Resolución de fondo, con posibilidad de reiniciar otro expediente con el mismo objeto antes de que se haya producido la prescripción, pero no arrastra a la anulación la Resolución recaída fuera de plazo.

TERCERO.- Los hechos que se declaran probados por la Resolución recurrida y que se admiten por esta Sala son los siguientes:

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.

CUARTO.- Por las recurrentes se alegan diversos vicios procedimentales en la tramitación del expediente ante el Servicio y ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. En primer lugar se alega: a) la falta de notificación de los hechos imputados antes de la Resolución, la introducción de nuevos hechos y cargos por el T.D.C. que determinan la condena por hechos o cargos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, que no ha podido conocer los hechos imputados antes de la Resolución lo que ha limitado gravemente su derecho de defensa (escrito de demanda de Novartis C.H. pág. 10 ; b) la resolución se ha desviado substancialmente de las imputaciones de hechos y tipificación de infracciones realizadas en los actos relevantes durante la instrucción (escrito de demanda de Alter F. pág. 10); c) aparición en el informe-propuesta de un nuevo cargo no mencionado con anterioridad (demanda de Nestlé, pág. 12); d) vicios substanciales de forma que vician de nulidad el procedimiento, violación del derecho a ser informado de una acusación, inconcreción de los cargos y de los propios hechos acreditados y su duración, durante todo el procedimiento, violación de la presunción de inocencia, (demanda de Laboratorios Ordesa pags. 23 a 35).

El examen del expediente pone de relieve:

A) La lectura del requerimiento obrante en el folio 27, realizado con motivo de la denuncia, a juicio de esta Sala no deja lugar a dudas y pone de manifiesto que, 1º se ha recibido una denuncia contra determinadas empresas que se relacionan por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/89, 2º para conocer en lo posible la realidad de los hechos el SDC de conformidad con lo dispuesto en el art. 36.2 de la Ley ha acordado llevar a cabo una información reservada como diligencia previa a la incoación del expediente "si correspondiese en su caso".

B) La información que se les solicita es relativa a productos que no hayan sido ofertados a la Seguridad Social y los canales de distribución que utiliza para comercializarlos, así como el porcentaje que representan sobre las ventas.

C) En el expediente administrativo, pág. 30 Alter contesta que como es un laboratorio farmacéutico sus únicos canales comerciales son los hospitales, mayoristas de farmacia y oficinas de farmacia. Su referencia es respecto de los tarritos y las harinas, no de las leches. Resulta acreditado por su propia información que estos productos constituye el 49 y el 51 % respectivamente de sus ventas en España en los años 1.992 y 1.993.

D) En el expediente administrativo, pag.48 Ordesa no contesta claramente, pero el hecho de que eluda contestar a lo que se le pregunta no implica ni que la pregunta no esté claramente realizada ni que la elusión en la respuesta se constituya en una suerte de eximente.

E) En el expediente administrativo, pág. 54, aparece la información relativa a Sandoz.

F) En el expediente administrativo pág. 74, aparece la información relativa a Nestlé.

Tras aportar las empresas los datos que consideraron oportunos, se puso de manifiesto

para los investigadores de la Administración, y a tales efectos basta con observar los cartones de los envases unidos al expediente, que en los mismos figuraba el precio de venta al público, lo que motivó el día 3 de julio de 1.995 una consulta del Servicio al Ministerio de Sanidad y Consumo sobre "la obligatoriedad que tienen las empresas citadas (con referencia a las que distribuyen sus productos a través del circuito farmacéutico) de incluir el Precio de Venta al Público en envases de leches infantiles y preparados para lactantes y postlactantes, que distribuyen a través del canal farmacéutico".

Posteriormente se acuerda la incoación de expediente sancionador y se formulan por las empresas afectadas alegaciones relativas a la inclusión de los precios de venta al público (folios 157 a 163); en el pliego de concreción de hechos, se describen dos, la comercialización de productos a través de hospitales, mayoristas de farmacia y oficinas de farmacia, y la fijación en los cartonajes o envases de los alimentos infantiles, leches maternizadas y alimentos para lactantes, del precio de venta al público que deben aplicar las oficinas de farmacia para la venta de los productos en cuestión a los consumidores finales. Se especifica que se presentan dos cargos: primero, por infracción del apartado a) del art. 1.1. de la Ley 16/89 "al fijar los precios de venta al público en las oficinas de farmacia de las leches maternizadas y productos de alimentación infantil"; y segundo, por infracción del apartado b) del artículo 1.1 de la ley 16/89 "al limitar la distribución de los alimentos dietéticos y de los alimentos infantiles elaborados sin componentes o a base de leche al canal farmacéutico y hospitales".

En las circunstancias descritas considera esta Sala que no pueden prosperar las alegaciones de las actoras relativas a supuestas deficiencias en la instrucción y en la acusación, porque la lectura del expediente, incluida la de sus propios escritos pone de manifiesto que, si bien el mismo se inició por la denuncia relativa a la utilización de un canal exclusivo de distribución sin justificación, su propia actividad en aquel sirvió para constatar otra práctica prohibida. Por otra parte, y respondiendo a otras alegaciones formuladas por alguna de las recurrentes, el hecho de que ellas mismas aportaran los envases no transforma a esta prueba en "ilegítimamente obtenida" y por lo tanto inhábil para fundamentar una condena: el hecho de que una empresa no esté obligada a declarar contra ella misma en el curso de un expediente sancionador no equivale a privar de valor probatorio de cargo a aquellos elementos que fueron aportados voluntariamente y con ánimo exculpatorio. Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que la sanción impuesta con base en una prueba ilícitamente obtenida será nula si esta prueba hubiese sido el único medio probatorio en el que se funde la imposición de la sanción, y que si la ilicitud se comunice al resto de pruebas y actuaciones que hayan tenido lugar en el procedimiento, pudiendo establecerse una relación lógica y directa entre ambas que revele de forma inequívoca la vinculación de unas y otras, (STC 102/84 y 81/98 entre otras) circunstancia que no concurre en el supuesto de hecho enjuiciado.

En materia de información reservada, el Tribunal Supremo ha establecido que nada impide que la misma, sin dejar de serlo, pueda no ser meramente interna, y pueda incluir actos de comunicación entre la autoridad administrativa y la persona que en un momento ulterior puede ser sujeto pasivo de un expediente sancionador. El Alto Tribunal ha resaltado que es exagerado y carente de fundamentación razonable exigir que la comunicación con la persona (a la que se solicita información como consecuencia de una denuncia) deba ir precedida de una advertencia sobre la eventualidad de que le pueda ser imputada una infracción, pues en ese momento de la información reservada la autoridad administrativa que la lleva a cabo carece aún de

base para hacer imputación alguna, y es solo una vez concluida la investigación, cuando tal imputación puede hacerse.

En resumen: no cercena el derecho de defensa de las empresas actoras, primero investigadas, luego expedientadas y finalmente sancionadas, el que por el Servicio de Defensa de la Competencia no les avisara de que podrían terminar como expedientadas, pues entra dentro de la lógica de las investigaciones del Servicio que si las mismas evidencian una infracción será sometido el infractor a expediente sancionador.

En otro orden de cosas, el Tribunal Supremo ha aclarado en su jurisprudencia que "No es convincente que solo sea posible la defensa si en el pliego de cargos se imputan hechos y se califican jurídicamente. Desde una perspectiva sustancial de posible defensa cual corresponde al derecho fundamental cuestionado, nada impide que el trámite se desglose en dos momentos: uno, de pura imputación de hechos, y otro, de calificación de los mismos, cuando en cada momento el imputado tiene al posibilidad de alegaciones en contrario. Ciertamente no puede negarse que se facilita la defensa, cuando desde el pliego de cargos se hace ya una determinada calificación jurídica....Pero el que la defensa pueda ser mejor con tal calificación inicial, no implica que no sea posible sin ella, que es lo que cuenta desde la perspectiva del derecho fundamental del art. 24.1 C.E. Por otra parte, no existe razón legal para entender que la propuesta de resolución deba tener como contenido propio y privativo la determinación de la sanción que deba imponerse, con lo que se pretende desplazar la calificación al pliego de cargos, tesis que no tiene en su aval ninguna norma concreta". (S.T.S. 17-XI-93).

En consecuencia, no pueden prosperar los motivos de impugnación analizados.

QUINTO.- El artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC) prohíbe "todo acuerdo o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del territorio nacional, y en particular, los que consistan en:

a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios."

Las empresas recurrentes, con distintos matices, impugnan su condena como autoras de una práctica de fijación de precios, bien señalando que eran meramente recomendados, bien negando que los fijaran en los cartones, o alegando que se trataba únicamente de imprimir los precios que fijaban las farmacias.

Como en su día analizaba el TDC en resolución confirmada en este extremo por la propia Sala (Acuerdo de 31-VII-96 expediente 363/95), la combinación de un precio recomendado y un canal de distribución exclusiva convierte a aquel en un precio fijo que al ser seguido por todos los minoristas permite que todos mantengan los mismos márgenes, y la competencia desaparezca, porque el consumidor compre donde compre el producto lo encontrará al mismo precio, que para mayor seguridad está ya impreso en el cartón. En general es evidente (como puso de manifiesto el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, cuya jurisprudencia es citada por alguna de las partes en apoyo de su pretensión revocatoria, en la Sentencia Parke Davis and Co de 1.960) que sin lograr la unanimidad sustancial de quienes teóricamente deben competir entre si (en este caso, los distribuidores, las farmacias) los precios recomendados (si

se pudiera considerar que un precio marcado en el envase es meramente "recomendado") no actúan como fijos, pero en este caso, tal unanimidad venía asegurada por la circunstancia de la distribución exclusiva en farmacia, con las especiales características en cuanto a uniformidad de los márgenes comerciales que este sector tenía en aquellas fechas. En este sentido la Sala comparte la apreciación del TDC de que la fijación del PVP no se hace por una decisión unilateral del fabricante, debiendo señalarse en relación con la alegación de la parte actora de que no existe "acuerdo" que la referencia al mismo está directamente vinculada en la resolución impugnada con el hecho de la aceptación por el distribuidor de los productos del fabricante con el PVP ya impreso.

La investigación y sanción se centran en un determinado periodo de tiempo, transcurrido el cual no es causa de eximente la desaparición de la práctica, y en consecuencia carece de efectos exculpatorios la acreditación de que en fechas posteriores los productos litigiosos ya no ostentan en sus envases impreso el Precio de Venta al Público.

SEXTO.- En relación con la distribución exclusiva en el sector farmacéutico las recurrentes alegan que no ha existido un comportamiento colusorio, que la inscripción en los productos de la expresión "venta en farmacias" carece de otra finalidad que la meramente promocional, y que la normativa vigente admitía la utilización de un canal exclusivo de comercialización. Se alega igualmente la falta de análisis económico, no analizándose el efecto en el mercado.

La inclusión de la leyenda "venta en farmacias" o "venta exclusiva en farmacias" no constituye la base de la argumentación del TDC sino la suma de un elemento más a tener en cuenta: "Justamente la mención expresa en el envoltorio es el medio más eficaz para asegurarla 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."

Esta Sala considera que, aún cuando no se encontrase impreso en todos y cada uno de los envases, aunque no apareciese en todos y cada uno de los anuncios publicitarios, la presencia en una alta proporción de los envases de papillas y tarritos, así como de los anuncios en los distintos medios de comunicación de la mención a la venta en el canal farmacéutico, cumplía suficientemente con la finalidad de poner de relieve al consumidor que tales productos únicamente podían adquirirse en dichos establecimientos, conclusión que por otra parte era precisamente la realidad, no estaban disponibles para su adquisición por el consumidor final en los establecimientos donde habitualmente se adquieren los productos de alimentación.

En cuanto a la regulación legal, la lectura del expediente deja claro a que productos se está refiriendo el procedimiento sancionador, y si quedaba alguna duda, la Resolución impugnada la aclara: "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"

Como se puso de manifiesto en la instrucción al interponerse la denuncia, el R.D. 1408/92 regulaba los preparados para lactantes pero sin previsión concreta respecto a la comercialización de los mismos, debiendo acudir al R.D. 2685/76 por el que se reservaba a las farmacias la venta de los productos "elaborados a base de leche, productos lácteos y componentes de la leche, incluidos en el apartado 3.1.1.1.". El R.D. 46/96 modifica la situación, porque su art. 13 dispone que "Los preparados para lactantes y preparados de continuación a que se refiere la presente Reglamentación técnico-sanitaria, 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". En consecuencia, antes y después del R.D. 46/96 la comercialización de las papillas y los tarritos no estaba legalmente reservada a las oficinas de farmacia.

El último argumento es el relativo a que en todo caso, la utilización en exclusiva del canal farmacéutico para distribuir los productos citados (los litigiosos, las papillas y los tarritos) no es contraria a la libre competencia. Esta Sala considera que precisamente por la naturaleza de los productos en cuestión, no se cumplen los criterios que la jurisprudencia ha venido admitiendo como justificadores de la utilización de canales de distribución selectiva, básicamente la necesidad, la proporcionalidad y la no-discriminación. No se ha alegado ni desde luego probado, razón o motivo alguno que justifique la limitación que supone la venta exclusiva en las oficinas de farmacia de las papillas y los tarritos.

En cuanto a la falta de análisis económico que alega laboratorios Ordesa, considera que es un acuerdo en todo caso de menor importancia, que no supera el umbral del 10% del mercado. La Sala no comparte esta apreciación: con independencia de cual sea la cuota que las papillas y los tarritos alcanzan dentro del total de la actividad económica de las farmacias y de los laboratorios, en este caso la restricción de la competencia alcanza a la totalidad del mercado y a la totalidad del territorio nacional en lo que respecta a estos productos, los cuales a su vez son de fundamental importancia en un aspecto de la vida diaria de los consumidores españoles como es la alimentación de los lactantes (en cuanto las papillas se incorporan a la alimentación de los bebés) y los niños de poca edad (en cuanto a la utilización de los tarritos).

SEPTIMO.- Las actoras consideran que la resolución recurrida viola el principio de proporcionalidad de las sanciones establecido en el art.131 de la Ley 30/92 en relación con los criterios de cuantificación y graduación de las sanciones previstos en el art. 10 pfo. 2 de la LDC. Y ello porque el T.D.C. no habría motivado de manera suficiente la aplicación de circunstancias atenuantes o agravantes, ni se han tenido en cuenta las consideraciones que llevaron al S.D.C. a proponer la no imposición de sanciones.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de octubre de 1.997 estableció que: " Es claro que la decisión de la Administración en que se imponga la sanción ha de ser motivada; en otras palabras, la Administración ha de justificar, de manera objetiva, el porqué de la sanción que impone. Aún cabe añadir; la Administración, necesariamente, ha de acomodar su potestad sancionadora a cada

caso. Por lo tanto, a la hora de imponer la sanción tras el correspondiente expediente, ha de tomar en consideración las circunstancias particulares de cada caso, así como -y esto es relevante- las circunstancias del mercado y producción dominantes al momento en que la infracción se cometió; no se olvide que, como anteriormente hemos dicho, en las infracciones contra la competencia, opera la actividad de producción de riqueza, pero orillando a la competencia legal que queda perjudicada, como también queda perjudicados los consumidores y, en definitiva la Economía Nacional, dado que el interés público, siempre relevante, resulta lesionado cuando, como en el caso que resolvemos, se produce una actividad clara contra la competencia."

El art. 10 de la LDC establece que "La cuantía de las sanciones se fijará tendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta..." es decir, el único criterio es la importancia de la infracción, si bien la Ley establece criterios para valorar esta importancia. De estos, uno es la "dimensión del mercado afectado" y "la cuota de mercado" pero otro de igual intensidad es "la modalidad y alcance de la restricción de la competencia". En consecuencia debe valorarse en los dos casos, si las sanciones impuestas respetan el referido principio de proporcionalidad.

El Servicio en su informe consideró que "El impacto de las conductas prohibidas sobre el bienestar de los consumidores ha sido menos negativo de lo que cabría esperar de la fijación de precios minoristas, puesto que los márgenes de minoristas aplicados al marcar los precios han sido inferiores de los habituales en las farmacias cuando se trata de productos no medicamentosos". Señala además "la existencia de atenuantes en determinadas empresas". El Servicio no incluye ninguna declaración sobre cual fue ese margen, cual hubiera sido en igualdad de circunstancias el margen del comercio minorista, las consecuencias en los precios de la apertura al resto de los distribuidores de la venta al público de este producto, de la desaparición de la mención "PVP" de los envases, en resumen, no aporta el término de la comparación imprescindible para que su apreciación adquiera verdadera entidad para ser tenida en cuenta a los efectos pretendidos por las recurrentes.

Por su parte el T.D.C. tiene en cuenta los siguientes factores.

1º) Para sancionar la fijación de precios analiza A) la modalidad de la infracción, y recuerda que la fijación de precios "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"; B) que, en este caso, desde el punto de vista geográfico, se limita al mercado nacional; C) que desde el punto de vista del producto, el mercado comprende los alimentos infantiles tal como fueron inicialmente definidos por el Real Decreto 2685/1976; D) los efectos producidos, constatando que la práctica viene a reforzar la falta de competencia de que adolece el circuito farmacéutico. E) la extensión en el tiempo. F) el volumen de ventas de cada empresa. Como atenuantes acepta las afirmaciones de las empresas y del Servicio que cesó en 1.996, y que no es de apreciar la reiteración porque estas empresas no habían sido condenadas por esta práctica con anterioridad. Termina "ponderando todas estas circunstancias, más las particulares de cada empresa".

2º) Para sancionar la utilización de un canal de distribución exclusiva, analiza: A) la modalidad y alcance de la restricción a la competencia que supone la práctica. B) El mercado geográfico afectado (el territorio nacional) C) el de producto (los

alimentos infantiles no lácteos); D) volumen de ventas de cada empresa expedientada y su cuota de mercado.

A juicio de esta Sala el conjunto de esta argumentación constituye motivación suficiente y se aportan los datos que justifican el importe de las sanciones, sin apreciarse la alegada infracción del principio de proporcionalidad.

OCTAVO.- En relación con los pronunciamientos de la resolución impugnada resta por examinar la orden de dirigir una comunicación a ANGED para que la difunda entre sus asociados, en las que se indiquen las condiciones de distribución y venta de los productos citados.

El T.D.C. cuenta con la autorización de la Ley 16/89 de adoptar todas aquellas medidas dirigidas a poner fin a las restricciones de la competencia, y esta sería en principio una medida de este carácter. La resolución impugnada no razona sino que tiene la finalidad de "remoción de este efecto" y de hecho la medida no es contestada por todos los recurrentes, aceptándola expresamente alguno de ellos. Por otra parte, de la lectura de los escritos presentados en el expediente administrativo por la Unión de Consumidores de España y de los presentados tanto en el expediente como ante esta Sala por la representación de ANGED tampoco resulta que se haya solicitado o considerado necesario adoptarla por uno u otro de los denunciados y los codemandados. Únicamente en el marco de la pieza de suspensión se han formulado alegaciones en este sentido, no apreciándose por la Sala que en el marco de las circunstancias de hecho descritas, tanto las relativas al mercado como al producto, resulte necesario para asegurar la desaparición de la conducta sancionada la adopción de una medida como la impuesta que debe revocarse.

Se solicita por la representación procesal de Novartis Consumer Health, antes SANDOZ que el expediente deje de conocerse con tal nombre.

La Sala considera que efectivamente tal denominación del expediente supone una penalidad adicional injustificada para esta empresa, quien sin ninguna razón que ampare tal circunstancia, ve su marca ligada a un expediente en el que han sido sancionadas otras empresas, y para el que puede utilizarse cualquier otra denominación que no suponga la identificación de una única empresa con las infracciones y las sanciones declaradas e impuestas respectivamente en el mismo.

NOVENO.- La empresa Laboratorios Ordesa S.A. solicita autorización para practicar un sistema de distribución selectiva de los productos de alimentación infantil, en especial las leches infantiles, por razones de carácter sanitario y de una mejor y mayor protección de los consumidores directos dadas las características especiales de estos productos respecto a los productos de alimentación en general.

El T.D.C. denegó la autorización, a la que por otra parte se opone expresamente Nestlé S.A., con base en los siguientes motivos:

Con cita de una sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la U.E. recoge la exigencia de 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 a cabo 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".

Tras recoger las alegaciones de la solicitante a favor, y de los oponentes en contra, el T.D.C. expone su propia opinión: "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".

Frente a estas consideraciones, la actora en su escrito ante esta Sala alega: respecto a los productos considerados señala su complejidad técnica y nutricional, así como la intervención del pediatra en la organización y planificación de la alimentación infantil, con la correspondiente aportación del fármaco; respecto de los criterios exigidos de acceso a la red minorista considera que su propuesta incluye la posibilidad de acceso de minoristas que reúnan mínimos criterios de consejo profesional, stocks, cuidado del cliente, etc., que no se frustrarían los propósitos liberalizadores, y que, en resumen, el sistema conllevaría grandes ventajas para los usuarios.

Esta Sala comparte plenamente las apreciaciones del T.D.C.: en resumen no se aprecia ventaja alguna en la distribución selectiva. Todas las ventajas que se exponen se alcanzan con un sistema liberalizado, puesto que en el marco de este también se distribuyen los productos en comercios minoristas y en farmacias que reúnen esos criterios de especialización, consejo profesional, stocks etc. de manera que el consumidor que, siguiendo el consejo del pediatra y optando por ser aconsejado por un fármaco no tiene sino que acudir a adquirir las papillas y los tarritos a la farmacia en lugar de hacerlo en un supermercado o en una gran superficie, no apreciándose la incompatibilidad de que coexistan ambos canales de

comercialización.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por ser conforme a derecho, excepto en lo relativo al pronunciamiento noveno del mismo, que se anula, por ser contrario a derecho, ordenando a la Administración que modifique la denominación del expediente a fin de que no sea identificado como "Sandoz".

DECIMO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional , justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS:

Que debemos estimar en parte y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por NOVARTIS NUTRICION S.A., ALTER FARMACIA S.A., NESTLE ESPAÑA S.A. y LABORATORIOS ORDESA S.L., contra el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia dictado el día 11 de diciembre de 1.998, el cual confirmamos por ser conforme a derecho, excepto en el extremo relativo a su pronunciamiento noveno, que anulamos. Y ordenamos a la Administración que modifique la denominación del expediente a fin de que no sea identificado como "Sandoz". Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.