

Id Cendoj: 28079230062000100502
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 0699/1996
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a quince de febrero de dos mil.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Especialidades Farmacéuticas Centrum S.A., Laboratorios Goupil Ibérica S.A., Pierre Fabre Ibérica S.A., Cosmetique Active Ibérica S.A. y Laboratorios J. Navarro S.A., y en sus nombres y representaciones los Procuradores Sres. D^a María Jesus Gonzalez Diaz, D^o Eduardo Morales Price y D^o José Manuel Villasante Garcia, respectivamente, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la **Competencia** de fecha 31 de julio de 1996, siendo Codemandada Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas y la cuantía del presente recurso de 24.500.000 pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo por Especialidades Farmacéuticas Centrum S.A., Laboratorios Goupil Ibérica S.A., Pierre Fabre Ibérica S.A., Cosmetique Active Ibérica S.A. y Laboratorios J. Navarro S.A., y en sus nombres y representaciones los Procuradores Sres. D^a María Jesus Gonzalez Diaz, D^o Eduardo Morales Price y D^o José Manuel Villasante Garcia, respectivamente, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la **Competencia** de fecha 31 de julio de 1996, solicitando a la Sala, se declare la nulidad del acto impugnado y con él, de la sanción impuesta.

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

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

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

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales

previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal de Defensa de la **Competencia** de fecha 31 de julio de 1996, por la que se declara a las hoy recurrentes incurso en concepto de autoras en una práctica prohibida por el artículo 1.1 a) y b) de la Ley 16/1989 de 17 de julio, consistente en la realización de conductas tendentes a impedir la libre **competencia** mediante la fijación de precios y la limitación de la distribución.

SEGUNDO: De las empresas recurrentes, dos han sido sancionadas en virtud del artículo 1.1 a) de la Ley de Defensa de la **Competencia** y las tres restantes en virtud del artículo 1.1 b) del mismo Texto Legal:

A) A Laboratorios y Especialidades Farmacéuticas Centrum S.A. se le imputa el envío de su "tarifa de precios productos cosméticos enero 1992", para sus siete productos; y a Laboratorios J. Navarro S.A. la comunicación de sus tres productos con indicación del PVP según última tarifa enero de 1991.

B) Respecto de Laboratorios Goupil Ibérica S.A. y Cosmétique Active S.A. y Pierre Fabre Ibérica S.A., se les imputa la distribución exclusiva de sus productos en farmacias.

TERCERO: El examen del alcance jurídico de los hechos establecidos, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

A) El artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: " Se prohíbe todo acuerdo, decisión 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 parte del mercado nacional, y en particular los que consistan en: a) La fijación de forma directa o indirecta de precios... b) La limitación o el control de... la distribución..."

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas..."

Del primero de los preceptos citados resulta: 1) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre **competencia**. 2) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre **competencia**, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. 3) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la **competencia** en todo o parte del mercado nacional.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre **competencia** efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

CUARTO: Desde tales presupuestos legales han de ser analizadas las imputaciones que pesan sobre las recurrentes.

En el caso de las dos primeras - fijación de precios -, se alega por sus respectivas defensas, que tales precios no eran obligatorios sino recomendados y que tal recomendación en muchas ocasiones puede ser beneficiosa para el mercado en la medida en que tal recomendación actúa como precio máximo de mercado, facilitando la **competencia** del precio a la baja.

Tales argumentos no pueden ser acogidos, porque como correctamente razona el TDC, en un mercado en el que la inexistencia de **competencia**, como es el de las farmacias donde se comercializaron los productos de precio recomendado, responde a un imperativo deontológico, la recomendación de precios

actúa como una auténtica fijación de los mismos, impidiendo la **competencia** entre ellos.

De otra parte, también compartimos los planteamientos de la Resolución impugnada en cuanto señala que la fijación de precios es una de las conductas más perjudiciales para el libre mercado, en cuanto repercute directamente sobre el consumidor ocasionándole los perjuicios que la rigidez de precios conlleva.

Ahora bien, hemos señalado que el precepto en cuestión exige en su tipificación que la actuación - sea o no concertada -, ha de tener aptitud para producir el falseamiento de la **competencia**, y lo cierto es que en el supuesto de autos la actuación de las actoras no podía provocar distorsiones ni en todo ni en parte del mercado nacional. Que ello es así viene implícitamente reconocido por el TDC, que señala, de una parte, los escasos productos cosméticos comercializados por las recurrentes - 7 y 3 -, y de otra, las escasas sanciones que impuso en atención al escaso volumen de ventas - 950.000 y 40.000 pesetas -. Pues bien, no se razona ni fáctica ni jurídicamente como las recurrentes pudieron causar distorsiones en la libre **competencia**, ya sea en todo ya en parte del mercado nacional. Pero tampoco se deduce del expediente que hubiesen zonas geográficas en las que, por la escasa oferta, la actuación de las recurrentes hubiese podido falsear la libre **competencia** ya sea en esa reducida zona del mercado.

Hemos pues de concluir que a la actuación imputada a las actoras le falta uno de los elementos necesarios para ser constitutiva de infracción administrativa. Ahora bien, ello no quiere decir que la conducta haya sido conforme a Derecho, que no lo es - no toda conducta antijurídica se encuentra tipificada como infracción administrativa -, lo que obliga a estimar el recurso y anular la sanción impuesta, no así la intimación a cesar en la conducta - porque la conducta es claramente antijurídica -. No procede la publicación de la Resolución impugnada porque según el artículo 46 de la Ley de Defensa de la **Competencia** tal publicación procede respecto a Resoluciones sancionadoras y ésta no lo es al quedar anulada la sanción.

QUINTO: En relación a la segunda de las imputaciones, comercializar los productos exclusivamente a través de oficinas de farmacia, hemos de hacer las siguientes consideraciones.

Tras la notificación a la Comisión Europea por Vichy - matriz de Laboratorios Goupil Ibérica S.A. -, del sistema de distribución de sus productos, la Comisión respondió el 11 de enero de 1991 que la distribución exclusiva en farmacias es contraria al artículo 85 del Tratado y no es autorizable.

Por su parte, Pierre Fabre Cosmetique, matriz de Pierre Fabre Ibérica S.A., hace lo propio en octubre de 1990, y pone en conocimiento de la Comisión Europea su sistema de distribución consistente en la existencia de un farmacéutico en el punto de venta, sin que se requiera que sea una farmacia. Posteriormente, en 1993, comunica unos nuevos modelos de contratos.

Tales hechos aparecen recogidos como probados - y las interesadas los aceptan - en la Resolución impugnada.

Pues bien, la razón por la que la Comisión entendió que no procedía la venta exclusiva en farmacias es porque la misma carecía de uno de los tres requisitos al efecto - necesidad, no discriminación y proporcionalidad -, precisamente el de la proporcionalidad.

Pues bien, la conducta seguida por las actoras - coincidente con la de sus respectivas matrices - anterior a la decisión de la Comisión en 1991 y a la notificación de 1990, no pueden ser objeto de sanción puesta que falta el elemento subjetivo del tipo infractor, cual es la intención o culpa. La cuestión como se ha visto, resultaba confusa, y a tal efecto se comunica - tras pronunciamientos del Consejo de **Competencia** frances -, a la Comisión a fin de que determine la compatibilidad de la conducta con la libre **competencia**, o, en su caso, la autorización. Denegada ésta se procede a modificar el tipo de distribución.

Respecto de CAI no se ha probado que tras enero de 1991 se hubiese seguido comercializando en exclusiva a través de farmacias - salvo por la mención "de venta en farmacias" un folleto de mayo de 1991 y un catálogo de 1992 -. Y respecto de Pierre Fabre Ibérica S.A., tampoco que con posterioridad a 1990 hubiese hecho la distribución exclusivamente en farmacias - el hecho de que los modelos de contrato se presentaran a la Comisión en 1993 no significa que se hubiese seguido la venta exclusiva en farmacias con anterioridad a dicha fecha -.

Pues bien, la naturaleza de los productos comercializados por las recurrentes, antes de los pronunciamientos de la Comisión, podía hacer pensar que la venta en exclusiva en farmacias era conforme con la libre **competencia** - piénsese en la existencia de productos que por sus características pueden admitir pactos de exclusiva en su comercialización -, y ello, unido a que la Comisión tuvo conocimiento de

los contratos modelos de distribución de las entidades actoras, nos lleva a la inexistencia del elemento intencional o negligente en la actuación.

Debemos pues anular la sanción, y con ella, por las razones antes dicha, la publicación, no así la intimación a la cesación en la conducta puesto que la misma es antijurídica.

Todo lo expuesto lleva a la Sala a estimar el recurso y anular el acto administrativo impugnado, por no ser conformes a Derecho los pronunciamientos en él contenidos.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 131.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

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

FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Especialidades Farmacéuticas Centrum S.A., Laboratorios Goupil Ibérica S.A., Pierre Fabre Ibérica S.A., Cosmetique Active Ibérica S.A. y Laboratorios J. Navarro S.A., y en sus nombres y representaciones los Procuradores Sres. D^a María Jesus Gonzalez Diaz, D^o Eduardo Morales Price y D^o José Manuel Villasante Garcia, respectivamente, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal de Defensa de la **Competencia** de fecha 31 de julio de 1996, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos, y con ella las sanciones de las que trae causa, salvo en lo que se refiere a la intimación en la cesación de la conducta, que la confirmamos, sin imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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