

RESOLUCIÓN (Expte. 472/99, Colegio Farmacéuticos Valencia)

Pleno:

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 7 de abril del 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 472/99 (1696/97 del Servicio de Defensa de la Competencia, Servicio), iniciado de oficio contra el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia después de llevar a cabo una información reservada tras haber conocido una Circular remitida por la citada Corporación a sus colegiados que podría contravenir el art. 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES

1. El 30 de abril de 1998 el Director del Servicio dicta una Providencia mediante la que decide abrir un expediente sancionador al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, tras una investigación reservada que se había iniciado el 26 de septiembre de 1997 al haber conocido el Servicio una circular de la institución colegial dirigida a sus miembros, sobre "Papillas y Tarritos Nestlé en Centros Comerciales" y considerar que la misma podía tener el objeto y el efecto de restringir la competencia, controlando la distribución, en el mercado de papillas y tarritos infantiles y, por ello, incurrir sus causantes en una de las prohibiciones previstas en el art. 1 LDC.

2. La citada circular, emitida con el n1 50 el 15 de julio de 1997, firmada por la Junta de Gobierno y remitida por la mencionada Corporación a sus colegiados, dice textualmente lo siguiente:

PAPILLAS Y TARRITOS NESTLÉ EN CENTROS COMERCIALES

Siguiendo su calculada y programada política comercial, la multinacional NESTLÉ ha dado otro paso más, como era previsible, y ya se venden papillas y tarritos NESTLÉ en centros comerciales de toda España con la marca NIDO, en competencia directa con las que tenemos en nuestras oficinas de farmacia. Esta multinacional ha tomado esta decisión sin consulta previa con los farmacéuticos que, durante varias décadas, hemos dispensado y aconsejado leches, papillas y tarritos.

Las actuales tendencias economicistas obvian nuestra condición de sanitarios y técnicos de la alimentación infantil. Los farmacéuticos valencianos tenemos legítima capacidad de apoyar a partir de ahora a los fabricantes que siguen confiando en la oficina de farmacia como único canal de venta sin que ello signifique desviarnos de nuestro objetivo prioritario: la buena salud y la adecuada alimentación infantil.

De momento las opciones pueden ser algunas de las siguientes:

- 1.- Recomendar explícitamente cualquiera de las demás marcas de fabricantes que cumplen sobradamente su doble condición de calidad y exclusividad en oficina de farmacia.*
- 2.- Relegar los productos NESTLÉ a la rebotica y venderlos únicamente ante una petición concreta de los mismos.*
- 3.- No venderlos a partir de ahora y devolver los que tengamos en stock. No olvidéis que la libertad que alegan esas empresas es la misma que tenemos nosotros y que de nuestra respuesta dependerán perjuicios futuros y más graves para nuestra profesión.*

LA JUNTA DE GOBIERNO

3. El 10 de marzo de 1999 la Instructora formula mediante Providencia el Pliego de Concreción de Hechos, con la conformidad del Director del Servicio. En el mismo se consideran acreditados los que seguidamente se resumen: a) La Junta General del Colegio, en sesión celebrada el 26 de junio de 1995, acordó adoptar medidas comerciales adecuadas contra las firmas que vendan leches para lactantes (fuera de oficinas de farmacia). b) La Junta de Gobierno del Colegio, en ejecución de ese acuerdo, acordó la redacción de la circular y su difusión entre los colegiados. c) En la Circular n1 50, antes reproducida, y en

su remisión por correo a todas las oficinas de farmacia de la provincia de Valencia, se materializaron los acuerdos antedichos.

La valoración jurídica que el Servicio hace de estos hechos es que podrían constituir una infracción del artículo 1 LDC, consistente en la adopción de un Acuerdo, en el seno de la Junta General y de Gobierno del Colegio expedientado, con objeto de restringir la competencia, controlando la distribución, al recomendar a los colegiados determinadas condiciones comerciales con un fabricante que desanimasen a los demás a vender sus productos fuera de las oficinas de farmacia.

4. El 22 de abril de 1999 tiene entrada en el Servicio un escrito de alegaciones del interesado en el que se solicita el sobreseimiento del expediente. Las alegaciones se resumen a continuación: 1) Se solicita que se deje constancia en el expediente de las circunstancias en que ha tenido lugar la entrada en el Servicio de la Circular n1 50 y, si ha sido mediante denuncia, que se dé traslado de la misma al interesado. 2) Se solicita que, si el Servicio decide utilizarlas, dé traslado al interesado de ciertas informaciones que se han declarado confidenciales. 3) Se manifiesta que los hechos que figuran como acreditados en el Pliego resultan de la propia documentación aportada por el Colegio al expediente, aunque difiera el interesado en la valoración jurídica que el Servicio hace de los mismos, por los siguientes motivos: 3.a) Porque la legislación en vigor en la fecha de autos imponía la venta exclusiva en farmacias de las leches para lactantes de hasta un año y, consecuentemente, los acuerdos de la Junta de 26 de junio de 1995 fueron una reacción lícita y proporcionada contra actuaciones ilegales. 3.b) Porque en posterior Junta no se adopta acuerdo alguno, sino que meramente se informa de las actuaciones seguidas, aunque se reconoce que para entonces ya estaba en vigor el RD 46/1996 que autorizó la comercialización de las leches infantiles fuera de las oficinas de farmacia. 3.c) Porque el Colegio entiende que la venta de la alimentación infantil debe contar con la garantía del asesoramiento del profesional de la farmacia, creyéndose en el derecho de promover acciones legales para conseguirlo, no siendo la Circular n1 50 una directriz o una recomendación tendente a limitar indebidamente la distribución de alimentos infantiles de libre comercialización, sino un mero instrumento informativo para los profesionales.
5. El 8 de octubre de 1999 la Instructora da por concluidas sus actuaciones y procede a redactar el Informe-Propuesta, lo que hace, con la conformidad del Director del Servicio, el 13 de octubre de 1993.

En el Informe se mantienen los cargos del Pliego y se da respuesta a las alegaciones del interesado en los términos que seguidamente se resumen.

A la alegación nº 1

El expediente no ha sido incoado previa denuncia, sino que ha sido incoado de oficio, en uso de las facultades que otorga al Servicio el art. 36 LDC.

A la alegación nº 2

Aunque se haya declarado la confidencialidad de ciertas informaciones, en el expediente constan los datos generales y las cuotas de mercado de las empresas correspondientes, lo que permite al interesado ejercer plenamente su derecho de defensa sin menoscabo de datos empresariales que podrían vulnerar secretos profesionales y que no son parte en el expediente.

A la alegación nº 3

3.a) La alegación queda desvirtuada al haber admitido el Presidente del Colegio que el acuerdo de la Junta General de 26 de junio de 1995 se refiere a alimentos infantiles, comprendiendo también las papillas y tarritos, cuya comercialización estaba liberalizada por Real Decreto 2685/1976.

3.b) Resulta inadmisibile la alegación. La información que se suministra en la Junta General de 19 de junio de 1996 va más allá de lo puramente informativo: la información suministrada acerca de la guerra desatada en las grandes superficies y el realizar una campaña de recogida de firmas son conductas absolutamente activas para restringir la competencia, que reiteran y aumentan la política restrictiva aplicada en la Junta del año anterior.

3.c) Es rechazable esta alegación porque, como ha reconocido el Presidente del Colegio, en la Junta general de 26 de junio de 1995 se había decidido adoptar medidas comerciales contra las firmas que vendieran leches para lactantes fuera del circuito farmacéutico.

6. El Informe del Servicio recoge detalladamente los resultados de la investigación acerca de los efectos sobre el mercado de la conducta imputada al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia. Seguidamente se reproduce lo más significativo del resumen que el propio Servicio hace al respecto:

El acuerdo adoptado en la Junta General de 26 de junio de 1995 que dio lugar a la Circular n1 50, en la que se instaba a los farmacéuticos a que no vendiesen los productos de Nestlé, así como otras medidas contra dicha marca por utilizar otro canal de distribución como era el canal de alimentación, supone una grave restricción a la competencia, pues no era

una medida aislada contra una empresa, sino que se trataba de evitar que cualquier otro proveedor que utilizaba el canal de farmacia en exclusiva, pudiese operar en otros canales de distribución.

Sin embargo, y pese al objeto claramente restrictivo que tuvo el acuerdo de la Junta del Colegio de Farmacéuticos en la que se decidió enviar la Circular de fecha 15 de julio de 1997, debe señalarse que, por los datos que obran en el expediente, dicho acuerdo no tuvo los efectos esperados en el mercado, dado que no impidió que Nestlé comercializase sus productos en el canal de alimentación:

- *En cuanto a las papillas, Nestlé había comenzado a comercializar dichos productos en el canal de alimentación en el primer semestre de 1997, aunque en una cantidad meramente representativa, apenas alcanzaba el 0,1 % del volumen de ventas. En el segundo semestre de 1997 apenas ascendió al 0,8 % y, sin embargo, en el primer semestre de 1998 alcanzó el 24 %.*
- *En cuanto a los tarritos, Nestlé inició la comercialización de los mismos en el canal de alimentación con una cuota de un 0,2 % en el primer semestre de 1997, que ascendió en el segundo semestre del mismo año al 3,6 %, y en el primer semestre de 1998, tan sólo creció hasta el 4 %.*

7. Vista la valoración jurídica de los hechos acreditados, el Servicio eleva al Tribunal la siguiente propuesta:

Primero.- *Que se declare la existencia de conducta prohibida por el artículo 1.1.b) de la LDC consistente en la adopción de un Acuerdo de la Junta General y de Gobierno del Ilustre Colegio de Farmacéuticos de Valencia que tiene por objeto restringir la competencia, mediante la recomendación de las condiciones comerciales a aplicar por los colegiados a la venta de los productos de un fabricante, condiciones que a su vez comportan, indirectamente, la limitación de la distribución que de los productos objeto del expediente puedan realizar otros fabricantes de productos similares, al verse éstos desanimados a utilizar otros canales de distribución al de las farmacias, como consecuencia de las medidas acordadas contra los productos de Nestlé. Se considera responsable al Ilustre Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia.*

Segundo.- *Que se intime al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia a que se abstenga en lo sucesivo de realizar prácticas semejantes, según prevé el art. 9 de la LDC.*

Tercero.- Que se imponga la correspondiente sanción económica. Para ello es preciso que se tenga presente que el acuerdo adoptado no ha impedido que Nestlé comercialice sus productos en otros canales de distribución diferentes del farmacéutico.

Cuarto.- Que se ordene al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte, en el BOE, en uno de los diarios de mayor tirada nacional y en un diario de gran tirada de la provincia de Valencia, de conformidad con el art. 46.5 de la LDC.

Quinto.- Que el Tribunal interese al Servicio para que en lo sucesivo vigile la evolución del mercado de comercialización de papillas y tarritos en la provincia de Valencia.

Sexto.- Que se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el art. 46 de la LDC que el TDC considere procedentes.

8. En sede del Tribunal se ha practicado prueba consistente en admitir ciertas cartas de las que se dice que fueron enviadas por algunos farmacéuticos al Presidente del Colegio entre el 21 y el 24 de julio de 1997, así como las respectivas contestaciones a las mismas, todas enviadas, al parecer, el 29 de julio de 1997. Todas las cartas firmadas por farmacéuticos son de tenor semejante y plantean al Presidente del Colegio la pregunta de cómo hay que interpretar la Circular recibida. El Presidente contesta a todas ellas con un modelo de respuesta único en el que se dice: "las hipotéticas medidas se plantean como meras opciones que podrían someterse a una Asamblea General de colegiados, pero sin carácter obligatorio alguno, ni siquiera orientativo, puesto que, finalmente, ni la Junta de Gobierno ni la Asamblea General han adoptado ningún acuerdo formal al respecto".

El interesado no ha presentado escrito alguno de valoración de prueba. Sí ha presentado, sin embargo, un escrito de conclusiones que contiene cinco de ellas. En la primera se invoca la caducidad del expediente. La segunda repite la alegación presentada ante el Servicio en la que se solicita conocer cómo ha llegado a poder del Servicio la Circular n1 50. Las tres últimas repiten los mismos argumentos de las alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos que, en su momento, respondió el Servicio.

9. El Pleno del Tribunal deliberó y falló el 28 de marzo del año 2000.

10. Es interesado en el expediente el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia.

HECHOS PROBADOS

- 1.- La Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia emitió el 15 de julio de 1997 la Circular n1 50, relativa a “Papillas y Tarritos Nestlé en Centros Comerciales” (folio 2), que se reproduce en el AH 2. En dicha Circular se anunciaba que Nestlé había comenzado la distribución de papillas y tarritos bajo la marca NIDO en centros comerciales, señalando que dicha decisión había sido tomada por Nestlé unilateralmente sin tener en cuenta la opinión de las farmacias. Asimismo, se justificaba por razones técnico-sanitarias la distribución exclusiva en farmacias y se acordaba expresamente el apoyo e incentivo a los fabricantes que utilizaran como único canal de venta las farmacias. Por otra parte, se planteaban una serie de medidas contra Nestlé consistentes en la recomendación de otras marcas así como en la negativa de venta o la devolución de productos a dicho fabricante. Finalmente, la mencionada Circular postula la razonabilidad económica de la adopción de dichas medidas, por las supuestas pérdidas económicas para el sector si, por la apertura del mercado de distribución de papillas y tarritos a otros canales comerciales, se produjese una disminución de la demanda o una disminución del precio final de dichos productos.
- 2.- El Presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia envió un certificado, expedido por la Secretaria del Colegio con fecha 8 de octubre de 1997 (folio 6), en el que se acredita que el acuerdo de difundir entre sus colegiados la Circular n150 fue adoptado en la Junta General del Colegio, celebrada el 26 de junio de 1995 (folio 5). Los extremos contenidos en el certificado son los siguientes: a) Según los artículos 11 y 14 de los Estatutos vigentes del Colegio, corresponde a la Junta de Gobierno y en su nombre al Presidente ejecutar los acuerdos del Colegio, tomados en Junta General. b) En la Junta General del Colegio, celebrada el día 26 de junio de 1995, se tomó, entre otros, el acuerdo de adoptar medidas comerciales adecuadas contra las firmas que vendiesen leches para lactantes fuera de las oficinas de farmacia. c) La Circular n1 50 se remitió por correo ordinario a todas las farmacias de la provincia de Valencia.
- 3.- Consta en el expediente copia del Acta de la Junta General Ordinaria del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia de 26 de junio de 1995 (folios 83 a 96). En el punto 8 de la misma, referido a Leches Maternizadas, se relaciona que el Vocal de Alimentación explicó el comienzo de la venta de dicho producto en las grandes superficies, recordó la regulación española y la

comunitaria, así como *“la postura conformista del Consejo General que acepta el hecho como inevitable”* señalando finalmente las medidas adoptadas por el Colegio para hacer frente a las grandes superficies: a) Ejercitar las acciones legales. b) Denunciar los hechos a las autoridades autonómicas de Valencia. c) Solicitar informe a la Comisión Europea. d) Solicitar informes a la Facultad de Farmacia y a la Asociación de Médicos Pediatras. d) Tomar nota del informe de la Asociación de Distribuidores de Alimentación Infantil favorable a la tesis de la venta exclusiva en farmacias. Finalmente, en dicha Junta General se adoptó la propuesta de que si fuera necesario se adoptasen individualmente las medidas comerciales adecuadas contra las firmas que vendan alimentos infantiles para niños de hasta un año en otros canales de distribución distintos de las farmacias. Incluso se propone la elaboración de un documento para que cada uno se comprometa solidariamente a adoptar las medidas de fuerza que colectivamente se estimen oportunas (folio 90).

- 4.- El Presidente del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, en su escrito de 22 de febrero de 1999, admite que todo lo establecido en el punto anterior afecta a todos los alimentos infantiles, es decir, afecta tanto a leches maternizadas como a papillas y tarritos. Expresamente señala que: "Aunque el acuerdo de la Junta General de 26.6.1995, sólo menciona concretamente a leches maternizadas, el espíritu del acuerdo es claro que se refiere a alimentos infantiles comprendiendo también las papillas y tarritos" (folio 418).
- 5.- En la Junta General Ordinaria del Colegio celebrada el 19 de junio de 1996, cuya copia consta en el expediente (folios 108 a 120), el Vocal de Alimentación, a petición de la Sra. Presidenta, señaló que: Alo que ha ocurrido es el principio de la guerra que nos han planteado las grandes superficies, que buscan hacerse con el mercado de los medicamentos. También aseguró que existen ocho fabricantes que distribuyen en exclusiva en el canal farmacéutico y siguen en él, sin embargo, hay otras marcas que ya están en los supermercados. Por último, afirmó que: "El Colegio ha realizado campañas de alimentación infantil y ha recogido firmas contra la salida del canal farmacéutico con un gran éxito, puesto que se han recogido unas 1.000 firmas según consta en acta notarial".

A los anteriores hechos corresponde aplicar los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La cuestión sustantiva sobre la que el Tribunal ha de pronunciarse en este expediente es la conducta adoptada por los órganos de gobierno del Colegio

Oficial de Farmacéuticos de Valencia consistente en acordar y llevar a cabo la elaboración y remisión a los colegiados de una Circular que ha tenido por objeto, aunque no han resultado acreditados sus efectos, restringir la competencia mediante el control de la distribución, comportamiento sobre el que el Servicio de Defensa de la Competencia ha instruido de oficio un expediente sancionador en el que imputa al causante haber contravenido el artículo 1 LDC y propone que se le intime y sancione por ello.

2. Antes de la resolución de la cuestión sustantiva, el Tribunal va a pronunciarse sobre ciertas cuestiones procesales planteadas por el Colegio imputado.
3. Una cuestión de procedimiento que se plantea es la referente a la posible caducidad del expediente. Alega el imputado a este respecto lo siguiente: a) El art. 56 LDC establece un plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio, que es de 18 meses desde su incoación, transcurrido el cual sin que el Servicio hubiera remitido el expediente al Tribunal para su resolución o hubiese acordado su sobreseimiento, se produce la caducidad del procedimiento y consiguiente archivo del expediente. b) El expediente ha estado en manos del Servicio más de 18 meses porque, desde la fecha de la Providencia de incoación del expediente hasta su remisión al Tribunal, han pasado 18 meses menos 16 días (del 30 de abril de 1998 al 14 de octubre de 1999), pero hay que añadir a ese tiempo el consumido por el Servicio en la información reservada previa a la incoación del procedimiento (del 23 de septiembre de 1997 al 30 de abril de 1998).

Se equivoca el Colegio en su alegación: el expediente no ha caducado. En efecto, los plazos vigentes del art. 56 LDC fueron señalados en la Ley 66/97, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, donde se fija en 18 meses el plazo máximo para la tramitación del procedimiento sancionador en el Servicio, que no se inicia hasta que éste dicta la Providencia de apertura de expediente y sólo para aquellos procedimientos que se inicien a partir del 1 de enero de 1998. De modo que es a partir del 30 de abril de 1998, en que se acuerda incoar expediente, que procede la cuenta del plazo, tanto para establecer el comienzo de éste, como para determinar si el expediente está sujeto a los plazos de caducidad que establece la Ley 66/97. Porque el expediente se acuerda incoar después del 1 de enero de 1998, exactamente el 30 de abril, es por lo que es susceptible de caducidad en el Servicio si se rebasa el plazo de 18 meses. Si la fecha de inicio del plazo fuera, como pretende el imputado, el momento de instruir la información reservada (23 de septiembre de 1997), el procedimiento se habría iniciado antes del 1 de enero de 1998 y no estaría afectado por los plazos del art. 56 LDC, introducidos por la Ley 66/97.

4. Otra cuestión de procedimiento planteada por el imputado es la relativa al presunto cercenamiento de su derecho constitucional de defensa, que se habría producido por no habersele dicho cómo llegó a poder del Servicio la Circular n1 50 emitida por el Colegio.

También en el planteamiento de esta cuestión yerra el Colegio imputado. Como acertadamente responde el Servicio en su Informe-Propuesta a una alegación hecha al respecto, el expediente no ha sido incoado previa denuncia, sino de oficio, en uso de las facultades que otorga al Servicio el art. 36 LDC. No hay extralimitación del Servicio en su actuación ni cercenamiento alguno del derecho de defensa del imputado, que lo ha ejercido plenamente ante el Servicio y ante el Tribunal.

5. En cuanto a la cuestión sustantiva, es decir, la conducta del Colegio de Oficial de Farmacéuticos de Valencia, acordada por sus órganos de gobierno, consistente en elaborar y remitir a los farmacéuticos de su circunscripción la susodicha Circular n1 50, sólo reproche y sanción merece. En efecto, la conducta probada constituye una de las más graves que puede adoptarse en perjuicio de la libre competencia que impregna nuestro modelo de sociedad e informa nuestro ordenamiento jurídico.

La Constitución española, en su artículo 38, *reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*, estableciendo que *los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio*. Lo que impone a éstos la obligación de defender la competencia, mediante el fortalecimiento del mercado e impidiendo que los operadores económicos la desvirtúen, como ha dejado dicho el Tribunal Constitucional en Sentencia de 1 de julio de 1986.

El legislador español ha dado respuesta a este mandato constitucional mediante el Derecho de la competencia que, a los efectos que ahora nos ocupan, se concreta en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, cuyo art. 1 *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 en parte del mercado nacional*.

6. La conducta llevada a cabo por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia constituye un tipo preciso de los comportamientos prohibidos por el citado art. 1 LDC. En efecto, es una recomendación colectiva que ha tenido el objeto de impedir la competencia entre canales comerciales para determinados productos de la alimentación infantil y que, además, tiene aptitud para producir el efecto perseguido de impedir la competencia mediante el control de la distribución, aunque el Servicio en sus investigaciones no haya

acreditado, según él mismo reconoce, bs efectos que se hayan podido producir.

7. Las decisiones o recomendaciones colectivas con fines o efectos contrarios a la competencia constituyen formas de prácticas colusorias prohibidas por el art. 1 LDC equiparables a los acuerdos horizontales entre competidores, que son las manifestaciones más graves de la prohibición. Se trata de acuerdos adoptados por instituciones formadas por operadores económicos, de carácter vinculante (*decisiones*) o únicamente orientativo (*recomendaciones*), consideradas como si fueran acuerdos entre los asociados, ficción utilizada por la Ley para evitar que los socios, en este caso los colegiados, puedan eludir sus responsabilidades colusorias por el procedimiento de trasladar la responsabilidad de la autoría formal al ente colectivo.
8. En el presente caso, el Colegio ha elaborado y comunicado una recomendación colectiva a todos los integrantes de su colectivo, los titulares de las oficinas de farmacia de su circunscripción, para orientar la política comercial de éstos en una dirección común, controlando la distribución en menoscabo de la competencia y, a través de esta merma, perjudicar a determinados fabricantes y a los consumidores, cuya libertad de elección jurídicamente protegible habría de verse negativamente afectada, aunque no hayan resultado acreditados en el expediente tales efectos.
9. Mediante la mencionada conducta, el Colegio imputado ha conculcado la legalidad de defensa de la libre competencia (art. 1 LDC), sin que resulten admisibles las argumentaciones que, en su descargo, hace el imputado. Dice el Colegio que, cuando sus órganos de gobierno tomaron la primera decisión que ha desembocado en la Circular, cierta leche infantil sólo se podía legalmente vender en farmacias y que, por eso, la suya fue una respuesta legal en defensa de sus derechos. Es esta una alegación que resulta completamente rechazable, porque una entidad de operadores económicos (asociación empresarial o colegio profesional) no puede, sin vulnerar el art. 1 LDC, adoptar una recomendación colectiva, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto, de afectar negativamente a la competencia, aunque el fin principal fuera legítimo, lo que no es el caso, como el propio Colegio imputado reconoce al admitir que la Circular fue redactada y remitida cuando ya el supuesto de que cierta leche infantil era vendible exclusivamente en farmacias había dejado de darse. Tampoco en esta materia el fin justifica los medios. En nuestro Derecho, la defensa concertada de derechos legítimos entre varios operadores económicos, cuando tiene por objeto, produce o puede producir el efecto de afectar negativamente a la competencia, exige para que pueda ser llevada a cabo sin trasgresión de la Ley, una exención, bien sea la legal contemplada en el art. 2 LDC, las reglamentadas por

categorías (art. 5 LDC) o las resultantes de una autorización singular (art. 4 LDC). La conducta imputada no se encuentra excepcionada en ninguno de estos tres supuestos.

10. No es tampoco admisible, como pretende el Colegio, que la Circular era meramente informativa. Como acertadamente responde el Servicio a esta alegación, la información que se suministra en la Junta General de 19 de junio de 1996 va más allá de esta pretensión: se trata en ella de la "guerra desatada en las grandes superficies" y de la realización de una campaña de recogida de firmas, ambas conductas activas para restringir la competencia, que amplían el alcance de la política seguida en la Junta del año anterior, ya de por sí restrictiva de la competencia.
11. Ha causado extrañeza al Tribunal que el 19 de abril de 1999, el Colegio de Oficial de Farmacéuticos de Valencia, para justificar su conducta, haya alegado ante el Servicio, en escrito que tiene entrada el día 22, lo siguiente: *El Colegio entiende que la venta de toda la llamada alimentación infantil debe contar con la garantía del asesoramiento del profesional de la farmacia... En este sentido, se cree en el derecho de promover acciones tendentes a ello...*

Resulta extraña esa alegación por parte del Colegio cuando un año antes, el 29 de mayo de 1998, la Sección 30 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo había dictado Sentencia desestimatoria del recurso interpuesto, precisamente por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia y Castellón, contra el Real Decreto 46/1996, de 19 de enero, por el que se modificó la Reglamentación Técnico-Sanitaria específica de los preparados para lactantes y preparados de continuación. En la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1998 se decía, entre otras cosas, textualmente lo siguiente:

El Real Decreto 2685/1976, hoy derogado, en su artículo 29 establecía la obligatoriedad de la venta en exclusiva en farmacias de los preparados para lactantes y los preparados de continuación. Posteriormente, como expresa el Dictamen del Consejo de Estado, la publicación por la Comisión de las Comunidades Europeas de la Directiva 91/321/CEE, de 14 de mayo, relativa a los preparados para lactantes y preparados de continuación, que fue incorporada al derecho interno español por el Real Decreto 1408/1992, de 20 de noviembre, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria específica de los preparados para lactantes y preparados de continuación, modificó el marco normativo de dichos productos; y siendo la composición básica de esos productos para satisfacer las necesidades nutritivas de los lactantes sanos y que se trata de preparados perfectamente envasados y etiquetados, queda justificada que la comercialización y distribución pueda

realizarse no sólo a través de los establecimientos de farmacia, sino también a través de establecimientos minoristas de alimentación. Ello explica que en el expediente administrativo existan informes favorables a la liberalización de esos productos, por cuanto que, excluido el riesgo sanitario, no deben existir restricciones en los canales de comercialización de dichos productos.

Además, la parcialmente reproducida Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1998 había sido precedida, cuatro días antes, por otra de la misma Sala, que desestimaba un recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos en el que se impugnaba el mismo Real Decreto 46/1996, de 19 de enero. Y, en esta Sentencia desestimatoria de la pretensión corporativa de los farmacéuticos españoles, que contiene razonamientos similares a la parcialmente reproducida antes, hay uno de particular interés para el caso, que seguidamente se reproduce:

Se limita (la Directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas de 14 de mayo de 1991) a disponer que en el etiquetado (de estos alimentos infantiles) se contenga una indicación en la que se recomiende que "el producto ha de utilizarse por consejo de personas independientes cualificadas en medicina, nutrición o farmacia, o de otros profesionales encargados de la asistencia materna e infantil". Lo que se impone es la etiqueta, no su venta en farmacias y, además, no conlleva la venta previa receta, sino una simple recomendación dirigida a los padres de los lactantes que lógicamente la van a cumplir.

12. Ha resultado acreditada, pues, una conducta prohibida por el art. 1 LDC, que han llevado a cabo los órganos de gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, de la que es responsable el citado Colegio, y que ha consistido en una recomendación colectiva a sus colegiados para afectar negativamente a la competencia, condicionando la distribución de alimentos infantiles. La conducta imputada ha tenido por objeto afectar negativamente a la competencia, pero no han resultado acreditados efectos sobre la misma en el expediente instruido por el Servicio.
13. Las sanciones que puede imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia se regulan en la sección segunda del Capítulo I del Título I de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, que distingue, a los efectos que ahora interesa, entre intimaciones y multas sancionadoras.

En cuanto a las intimaciones, el art. 9 LDC establece que quienes realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por el Tribunal de Defensa de la Competencia para que cesen en los mismos y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos.

Por lo que se refiere a las multas sancionadoras, el art. 10 LDC determina que el Tribunal podrá imponer multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal.

La cuantía de las sanciones se fijará, según dicho art. 10, atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión del mercado afectado. c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente. d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios. e) La duración de la restricción de la competencia. f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En el presente caso, el Tribunal considera que debe intimar y multar al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia y, teniendo en cuenta todos los factores expuestos, estima que la multa sancionadora debe ser de 30 millones de pesetas.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, este Tribunal

HA RESUELTO

1. Declarar al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia incurso en la realización de una conducta prohibida por el art. 1 LDC, consistente en una recomendación colectiva dirigida mediante Circular enviada por correo a los colegiados de su circunscripción, para restringir la competencia en el mercado de los alimentos infantiles, condicionando las relaciones comerciales de los titulares de las oficinas de farmacia con los fabricantes y los consumidores.
2. Intimar al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia para que se abstenga en lo sucesivo de realizar conductas semejantes.
3. Imponer al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia una multa de 30 millones de pesetas.

4. Ordenar al Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia la remisión del contenido íntegro de esta Resolución en el plazo de un mes a todos sus colegiados y al Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos y la publicación en el plazo de 2 meses, a su costa, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado, en las páginas de economía de uno de los diarios de información general de mayor tirada nacional y de uno de los de mayor tirada en la provincia de Valencia.
5. Interesar al Servicio de Defensa de la Competencia para que en lo sucesivo vigile la evolución del mercado de comercialización de papillas y tarritos en la provincia de Valencia.
6. Disponer que la justificación de haber cumplido lo ordenado en esta Resolución se hará por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la citada Resolución agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, el cual podrá interponerse, en su caso, ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.