

Id Cendoj: 28079230062003100761
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 652 / 2000
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a dieciocho de junio de dos mil tres.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 4652/2000, se tramita, a instancia del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, representado por la Procuradora D^a. Paloma Alonso Muñoz, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 7 de abril de 2000 (expte.: 472/99), sobre conductas prohibidas por la LDC y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo su cuantía 180.303,63 euros (30 millones de pesetas).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 1 de junio de 2000, y la Sala, por providencia de fecha 5 de junio de 2000, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el 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 su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- No habiéndose solicitado el recibimiento del proceso a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 17 de junio de 2003.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de

Defensa de la Competencia, de 7 de abril de 2000, que declaró que el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, hoy parte actora, había realizado una conducta prohibida por el *artículo 1 LDC*, consistente en una recomendación colectiva dirigida a los colegiados 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 consumidores, le intimó para que se abstenga en el futuro de realizar conductas semejantes y le impuso una multa de 30 millones de pesetas, así como ordenó la publicación de la Resolución.

Son hechos probados que el Colegio de Farmacéuticos de Valencia elaboró el 15 de junio de 1997 la Circular número 50, que firmada por la Junta de Gobierno, fue remitida a todos los colegiados. Dicha Circular decía 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.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su recurso: a) caducidad, b) falta de conocimiento de cómo llegó la circular a manos del Servicio de Defensa de la Competencia y 3) la Circular nº 50 no es una recomendación tendente a limitar la distribución de alimentos infantiles, sino que tiene una función informativa.

El Abogado del Estado contesta que no existe caducidad, pues la fase ante el SDC no ha excedido de 18 meses, el expediente no se inició como consecuencia de una denuncia, sino de oficio y es claro que la Circular nº 50 constituye una conducta prohibida por el *artículo 1 LDC*.

TERCERO.- La parte actora considera que existe caducidad del expediente porque el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) sobrepasó el plazo máximo de 18 meses previsto en el *artículo 56 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)*.

En efecto, el *artículo 56 LDC*, en la redacción dada por el *artículo 100 de la ley 66/1997, de 30 de diciembre*, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, establecía un plazo máximo de duración de 18 meses para la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

El *artículo 36 LDC* distingue perfectamente dos actuaciones diferentes, de un lado, la iniciación del expediente mediante providencia, en la que se acuerde además el nombramiento de Instructor y Secretario, y, de otro lado, la instrucción de una información reservada anterior a la iniciación del expediente. Se trata, sin duda, de actos distintos, pues el propio *artículo 36.3 LDC* prevé la posibilidad de que la información

reservada no muestre la existencia de indicios de infracción, en cuyo caso el SDC deberá no iniciar el procedimiento y acordar el archivo de las actuaciones.

En este caso, el SDC acordó, el 26 de septiembre de 1997, la práctica de una información reservada, dirigida entre otros extremos a la comprobación de la realidad de la Circular nº 50 del Colegio de Farmacéuticos de Valencia. Y por providencia de 30 de abril de 1998 el SDC acordó la incoación de expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el *artículo 1 LDC*, nombrando Instructor y Secretario.

No cabe duda alguna, y en ello están de acuerdo las partes, que la fase del expediente ante el SDC terminó el 14 de octubre de 1999, cuando su Informe Propuesta tuvo entrada ante el Tribunal (TDC).

Por tanto no se ha sobrepasado el plazo de 18 meses entre la providencia de incoación de 30 de abril de 1998 y la recepción de las actuaciones por el TDC el 14 de octubre de 1999.

CUARTO.- La cuestión en la que existe discordancia entre la tesis de la parte actora y el Abogado del Estado es la relativa a la fecha en que debe iniciarse el cómputo del plazo de caducidad de 18 meses.

La parte actora sostiene que el cómputo de dicho plazo debe iniciarse no en la fecha de incoación del procedimiento, sino en la fecha anterior de la información reservada.

Sin embargo, tal tesis no puede prosperar. En primer término, porque el *artículo 56 LDC*, en la redacción dada por la ley 66/97, señala con toda claridad que el plazo de 18 meses se debe contar "desde la incoación" del procedimiento sancionador. Y sabemos, por el *artículo 36.4 LDC* que la incoación o iniciación del expediente sancionador es algo distinto a la información reservada que puede practicarse "...antes de resolver la iniciación del expediente..." (*artículo 36.3 LDC*).

Además, porque si seguimos la tesis del demandante, de entender que el expediente sancionador se inicia cuando se acuerda la práctica de la información reservada, esto es, el 26 de septiembre de 1997, no tendríamos otro remedio que reconocer que en esa fecha no estaba vigente el plazo máximo de 18 meses, establecido para la fase del expediente ante el SDC por el *artículo 56 LDC*, en la redacción dada por el *artículo 100 de la ley 66/97*, pues la *Disposición Transitoria Duodécima de la ley 66/97* señala que el plazo máximo de duración del procedimiento sancionador ante el SDC, será de aplicación a los procedimientos que se inicien a partir de 1 de enero de 1998.

QUINTO.- El demandante alega que ignora cómo llegó la Circular a manos del SDC. Sobre esta cuestión, lo determinante es que el procedimiento se inició por el SDC de oficio, posibilidad esta expresamente prevista, junto a la iniciación a instancia de parte interesada, en el *artículo 36.1 LDC*.

No existe indefensión en este caso para el Colegio recurrente, como ocurriría en el supuesto de que existiera una denuncia de la que no se le hubiera dado traslado, con ocultación de parte de su contenido, porque aquí no existe ocultación de extremo ninguno al Colegio, ya que lo que motiva el inicio de las actuaciones es una Circular elaborada por la Junta de Gobierno del Colegio y remitida por correo ordinario a todos los colegiados, así como remitida también, en la información reservada, por el SDC al Colegio para comprobar su autenticidad, de forma que no existe ocultación de ningún aspecto relevante de los hechos investigados a quien aparecía en el momento inicial de la investigación como presunto autor de la infracción.

SEXTO.- El *artículo 1 LDC* prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, 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.

La Circular que obra en el expediente, remitido por el Colegio de Farmacéuticos de Valencia a los Farmacéuticos colegiados es una recomendación colectiva. No cabe duda alguna que los Farmacéuticos actúan en el mercado y que su Colegio o Asociación Profesional les dirigió una recomendación o sugerencia que puede producir el efecto de restringir la competencia en la Comunidad valenciana.

Para que tal Circular constituya la conducta prohibida por el *artículo 1 LDC* no es necesario que se trate de una decisión obligatoria, porque el *artículo 1 LDC* no sanciona únicamente los acuerdos vinculantes para los asociados, sino también las recomendaciones colectivas con un carácter meramente orientativo. Tampoco es una exigencia del tipo de la infracción que la recomendación cause un daño a la competencia, sino que basta para consumar la infracción que la recomendación pueda producir el efecto de restringir la competencia.

Basta una simple lectura de la Circular remitida a los Farmacéuticos de Valencia para apreciar que:

a) se describe una conducta de Nestlé en relación con la distribución de papillas y tarritos bajo la marca Nido en centros comerciales, sin consulta previa con los farmacéuticos:

"...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..."

b) Ante esa conducta, el Colegio demandante propone a los Farmacéuticos colegiados una serie de opciones o medidas contra Nestlé que abarcan desde recomendar otras marcas hasta la negativa a la venta:

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 ofrece duda que tales medidas, propuestas a los Farmacéuticos valencianos por su Colegio, constituyen una recomendación que produce o puede producir un efecto evidente de limitación de la distribución de productos en parte del mercado nacional, por lo que constituyen la infracción que sanciona el *artículo 1 LDC*.

SEPTIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de abril de 2000, que se estima conforme a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, lltmo. Sr. D. JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-