

Id Cendoj: 28079130032006100190  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 8129 / 2003  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x CIRCULARES x
- x OFICINAS DE FARMACIA x
- x CONDUCTAS PROHIBIDAS (COMPETENCIA) x
- x SANCIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA x
- x LIBERTAD DE EMPRESA x

**Resumen:**

Circular adoptada por el Colegio de Farmacéuticos de Valencia por la que se propone a los farmacéuticos una serie de opciones o medidas con el objeto de dificultar la venta de las papillas y tarritos de alimentación infantil de la marca Nestlé. Carácter de recomendación colectiva de la citada Circular que tiene como finalidad que los farmacéuticos adopten en su práctica comercial un comportamiento que supone discriminar determinados productos de alimentación infantil elaborados por Nestlé, en respuesta a haber procedido esta firma a distribuir sus productos en centros comerciales. No puede calificarse a la citada Circular como documento de trabajo preliminar o preparatorio, que no determina que sea seguida por los colegiados farmacéuticos, porque, además de incurrir en la utilización de una inadecuada técnica procesal, porque se limita en la formulación de este motivo casacional la parte recurrente a reiterar y reproducir argumentos expuestos en el escrito de demanda sobre la actuación antijurídica del Tribunal de Defensa de la Competencia, no cabe duda de que del contenido de la Circular se infieren medidas que pueden adoptar los colegiados para obstaculizar la venta de los productos infantiles que ha producido efectos restrictivos de la competencia en el mercado de distribución de estos productos, que se funda en una concepción errónea de la libertad de empresa, contraria a su configuración constitucional.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a seis de Junio de dos mil seis.

VISTO el recurso de casación número 8129/2003, interpuesto por la Procuradora Doña Paloma Alonso Muñoz, en nombre y representación del COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE VALENCIA, con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de junio de 2003, dictada en el recurso contencioso-administrativo 652/2000, seguido contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de abril de 2000, sobre sanción por la realización de una conducta prohibida. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 652/2000, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 18 de junio de 2003, cuyo fallo dice literalmente: «FALLAMOS: 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.».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal del COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE VALENCIA recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 26 de septiembre de 2003 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación del Colegio recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 13 de noviembre de 2003, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO: «me tenga por personada en la representación que ostento y concepto de recurrente en el referido recurso de casación; y, por interpuesto el recurso, dicte en su día sentencia por la que, estimando el recurso de casación, case y revoque la sentencia recurrida; y en su lugar, estime el recurso contencioso-administrativo en los términos del suplico de la demanda formulada en la instancia.».

CUARTO.- La Sala, por providencia de fecha 8 de marzo de 2005, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de la Sala de fecha 20 de mayo de 2005 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó en escrito presentado el día 24 de junio de 2005, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: «Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por formuladas las consideraciones que en él se contienen; y previa la tramitación que proceda, dicte sentencia en su día por la que, desestime el recurso e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo establecido en la LJ.».

SEXTO.- Por providencia de fecha 1 de febrero de 2006, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 30 de mayo de 2006, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

Constituye el objeto de este recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de junio de 2003, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE VALENCIA contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de abril de 2000, que acordó declarar al Colegio recurrente incurso en la realización de una conducta prohibida por el *artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, consistente en una recomendación colectiva dirigida mediante Circular 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, intimándole para que se abstenga en lo sucesivo de realizar conductas semejantes, e imponiéndole una multa de treinta millones de pesetas.

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

En aras de una adecuada comprensión del debate casacional, resulta procedente reseñar que la Sala de instancia fundamenta la declaración de conformidad a Derecho de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia impugnada, en el extremo que concierne al rechazo de la alegación formulada en el escrito de demanda sobre la naturaleza meramente informativa de la Circular número 50, de 15 de julio de 1997, adoptada por la Junta del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia sobre «Papillas y Tarritos Nestlé en Centros Comerciales», y remitida por la citada Corporación a sus colegiados, que debía calificarse de «documento de trabajo preliminar o preparatorio», considerando que se trata de una recomendación colectiva, ya que propone a los farmacéuticos, adscritos al Colegio, una serie de opciones o medidas con el objeto de dificultar la venta de las papillas y tarritos de alimentación infantil de la marca Nestlé, que tiene como efecto limitar la distribución de dichos productos en parte del mercado nacional, prohibida por el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*, según se refiere en el fundamento jurídico quinto, en los siguientes términos:

«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.».

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE VALENCIA, se articula en la exposición de un único motivo fundado al amparo del *artículo 88.1 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, que imputa a la sentencia recurrida la infracción de los *artículos 1, 9 y 10 de la Ley de Defensa de la Competencia*, por no haber apreciado adecuadamente el carácter de documento de trabajo, meramente consultivo, de la Circular número 50 remitida a los colegiados, que se inserta en el proceso de formación de voluntad de la Corporación, por lo que se sanciona la expresión de un «mero pensamiento», por lo que, según se aduce, no cabe caracterizar esta acción como un acuerdo que imponga o recomiende a los colegiados la realización de ninguna clase de conducta o práctica que pudiera resultar constitutiva de restricción de la competencia.

CUARTO.- Sobre la improsperabilidad del recurso de casación.

El motivo de casación, que se funda en la infracción de los *artículos 1, 9 y 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*, debe ser rechazado al apreciarse que la Sala de instancia no ha vulnerado, al confirmar la sanción impuesta por resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de abril del 2000, los principios de tipicidad y de culpabilidad, en que implícitamente radica la base argumental de su planteamiento casacional.

Debe, en primer término, significarse que el Tribunal sentenciador acierta al calificar la Circular número 50, elaborada por la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia de 15 de julio de 1997 de recomendación colectiva, en cuanto del examen de su contenido se desprende, inequívocamente, que el Colegio sancionado pretende, en ejecución de los Acuerdos adoptados por la Junta General de 26 de junio de 1995, que los farmacéuticos adopten en su práctica comercial un determinado comportamiento que supone discriminar los productos de alimentación infantil elaborados por Nestlé, en respuesta a haber procedido esta firma comercial a distribuir sus productos en centros comerciales.

El examen del contenido de la Circular número 50 del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia, que se transcribe en el fundamento jurídico primero de la sentencia, evidencia la finalidad colusoria subsumible en el *artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia*:

«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 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.».

El artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , tipifica como conductas prohibidas "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 el mercado nacional y, en particular", sanciona en su apartado 1.b) la limitación o el control de la distribución, debiendo incluirse por tanto, siguiendo la doctrina de esta Sala expuesta en las sentencias de 23 de febrero de 2000 (R 2436/1991) y de 5 de abril de 2005 (RC 5157/2002 ), actos que, cualquiera que sea la naturaleza que revistan -orden, exhortación, admonición, etc.-, causen el resultado proscrito de restringir la competencia, aunque no tengan efectos jurídicos vinculantes para los destinatarios, lo que indudablemente se produce en este supuesto, en que la Circular aprobada por la Junta del Colegio profesional recurrente, que se califica de recomendación colectiva, se remite a los colegiados con la finalidad de que discriminen los productos ofrecidos a los consumidores en perjuicio de un fabricante.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la interpretación del artículo 85 del Tratado de Roma , en el que, si bien no se incluyen de forma expresa entre las prácticas prohibidas las recomendaciones colectivas, las considera como tales, cuando ejerzan una profunda influencia sobre la competencia en el mercado y cuando determinen la conducta de gran número de miembros asociados (casos FEDETAB y ANSEAU-NAVEWA).

Debe significarse que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la sentencia de 4 de abril de 2006 (RC 2083/2003 ), ha considerado que la práctica de distribución selectiva de los productos de alimentación infantil no lácteos a través exclusivamente del canal farmacéutico, que excluye a los centros de distribución relevantes en el sector de la alimentación, constituye una práctica de control de la distribución, perjudicial para los empresarios competidores y para los consumidores, sancionada como práctica restrictiva de la competencia en el artículo 1.1 b) de la Ley de Defensa de la Competencia .

Debe desestimarse la alegación formulada por el Colegio recurrente de que la Circular debe calificarse de documento de trabajo preliminar o preparatorio, que no determina que sea seguida por los colegiados farmacéuticos, porque, además, de incurrir en la utilización de una inadecuada técnica procesal, porque se limita en la formulación de este motivo casacional a reiterar y reproducir argumentos expuestos en el escrito de demanda sobre la actuación antijurídica del Tribunal de Defensa de la competencia, no cabe duda de que del contenido de la Circular se infieren medidas que pueden adoptar los colegiados para obstaculizar la venta de los productos infantiles elaborados por Nestlé, que ha producido efectos restrictivos de la competencia en el mercado de distribución de estos productos, que se funda en una concepción errónea de la libertad de empresa, contraria a su configuración constitucional que garantiza el artículo 38 de la Constitución .

Cabe considerar que la legislación sobre defensa de la competencia, que constituye un desarrollo del artículo 38 de la Constitución y que pretende disciplinar el libre mercado de modo que los empresarios puedan competir en régimen de igualdad de condiciones, tiene como objeto, según subraya el Tribunal Constitucional en la sentencia 264/1993, de 22 de julio , la ordenación de la libertad de defensa de la competencia mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado, que promueve la intervención de los poderes públicos para declarar la nulidad de conductas colusorias o de abusos de posición dominante, en garantía del derecho de defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, decisiones, o actuaciones atentatorias contra la libertad de competencia que alteren el mercado de producción o distribución de los productos ofrecidos por las empresas, que a su vez, pueden constituir

restricciones en perjuicio de los consumidores cuyos legítimos intereses económicos, así como su seguridad y salud garantiza el *artículo 51 de la Constitución* .

Procede, asimismo, descartar que la Circular sea la mera expresión de un pensamiento que no puede ser objeto de reproche sin vulnerar los principios fundamentales que están en la base del Derecho Administrativo sancionador, según se aduce, al apreciarse que la Sala de instancia ha respetado, al confirmar la sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia, el principio de culpabilidad, al darse los presupuestos jurídicos para que los hechos declarados probados -la confección de la Circular por la que la Junta General del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Valencia-, constituyan la realización de una acción típica y culpable que es directamente imputable como sujeto responsable a dicho Colegio profesional.

Cabe concluir que el Tribunal de instancia ha respetado el principio de culpabilidad al considerar al Colegio recurrente autor del ilícito tipificado en el *artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* , porque este principio, que garantiza el *artículo 25 de la Constitución* , que limita el ejercicio del ius puniendi del Estado, exige, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 129/2003, de 20 de junio , que la imposición de la sanción se sustente en la exigencia del elemento subjetivo de culpa, para garantizar el principio de responsabilidad y el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías, que en este supuesto ha sido adecuadamente aplicado.

Debe por último recordarse que la responsabilidad directa de las personas jurídicas, que supone el reconocimiento de su capacidad infractora, se vincula al principio de culpabilidad, que constituye un principio estructural básico del Derecho administrativo sancionador, según expone el Tribunal Constitucional en la sentencia 246/1991, de 19 de diciembre , que ha de aplicarse necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas:

«Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz».

En consecuencia, procede, al rechazarse el motivo de casación formulado, declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE VALENCIA, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de junio de 2003, dictada en el recurso contencioso-administrativo 652/2000 .

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa* , procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del COLEGIO OFICIAL DE FARMACÉUTICOS DE VALENCIA, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de junio de 2003, dictada en el recurso contencioso-administrativo 652/2000 .

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando , lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Fernando Ledesma Bartret.- Óscar González González.- Francisco Trujillo Mamely.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico. Alfonso Llamas Soubrier.- Firmado.

