

RESOLUCIÓN (Expte. 363/95 Cosméticos Farmacia)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alcaide Guindo, Vocal
Fernández López, Vocal
Berenguer Fuster, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal

En Madrid, a 31 de julio de 1996.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Bermejo Zofío, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 363/95 (743/91, y 863/92 acumulado, del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado en virtud de denuncia de la Unión de Consumidores de España el primero, y de la Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución el acumulado, contra ALCON IBERIS y 43 empresas más, por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia consistentes en la fijación de precios de reventa y la distribución de cosméticos en exclusiva a través de farmacias.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 6 de mayo de 1991 tiene entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia un escrito de D. Bernardo Hernández Bataller, que actúa en nombre de la Unión de Consumidores de España (UCE), en el que denuncia la existencia de un sistema de distribución exclusiva de productos cosméticos por el que los fabricantes/importadores reservan a las farmacias la posibilidad de ser sus distribuidores, excluyendo a los otros canales como son las perfumerías y la gran distribución.

Las empresas denuncias son, literalmente:

ALCON IBERIS, ALTER S.A., ALACÁN, BOIRON, QUÍMICA FARMACÉUTICA BAYER S.A., BDF TESA S.A., CEDERROTH IBÉRICA, CIBA GEIGY, CINFA, CUSI, CENTRUM, CARRERAS GINJAUME, DERMOFARM: ROC, D'ANGLAS, DIFUSORA TERAPÉUTICA, ELANCYL, EXPANCIENCE, FAES, GALENIC, HISPANO ICO S.A., INTERPHARMA,

INIBSA, ISDIN, KALIFARMA, KLORANE, KORFF, LAZLO, LACER, LETI, LOTALIA, MIDY, NAVARRO, OTC-IBÉRICA, PEROXIDOS FARMACÉUTICOS, PIERRE FABRE, PÉREZ GIMÉNEZ, ROBERT, RICHARDSON VICKS, SERRA PAMIES, SYNTEX, TECNISAN, VECTEM S.A., VICHY-PROCASA, YUTH.

Es de advertir que de estas empresas inicialmente denunciadas ha resultado, en el curso del expediente, que GALENIC, ELANCYL Y KLORANE son marcas comercializadas por PIERRE FABRE IBERICA S.A., D'ANGLAS es una marca comercializada por GOUPIL IBERICA S.A., KORF es la marca que comercializa CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA S.A. y LOTALIA es la marca que comercializa LABORATORIOS VIÑAS S.A. DIFUSORA TERAPÉUTICA S.A. ha cesado en su actividad.

El Tribunal remite la denuncia al Servicio que es el órgano competente para conocer de ellas.

2. El 5 de diciembre de 1991 el Director General de Defensa de la Competencia decide la incoación de expediente a las empresas denunciadas "por supuestas prácticas restrictivas de la competencia presuntamente incuridas en las prohibiciones del párrafo 1º del Art. 1 de la Ley 16/1989".
3. La Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución (ANGED) solicita ser considerada como interesada en el expediente. Al no recibir contestación del Servicio, el 3 de agosto de 1992 presenta una denuncia formal contra las empresas expedientadas y, por extensión, y genéricamente, contra las cooperativas de farmacéuticos que actúan como mayoristas distribuidores y contra los Colegios Oficiales de Farmacéuticos que celebran contratos de exclusiva con los fabricantes de cosméticos.

La denuncia es admitida el 15 de octubre de 1992, incoándose un expediente (el 863/92 del Servicio) que se acumula al ya abierto como consecuencia de la denuncia de la UCE (743/91).

4. Tras la instrucción que estimó oportuna, el 3 de febrero de 1995 el Servicio sobresee el expediente respecto de algunos expedientados y formula pliego de concreción de hechos a los demás.
5. Los sobreseimientos fueron recurridos ante el Tribunal por la UCE dando lugar al Exp. R 131/95 que fué resuelto el 30 de octubre de 1995.

6. No se formula un único pliego de concreción de hechos a todas las empresas expedientadas porque no se había detectado la existencia de acuerdos horizontales entre ellas. Los acuerdos comprobados son verticales. En consecuencia se formulan pliegos individuales a cada una de ellas imputándose dos cargos: la fijación de precios de reventa y la distribución exclusivamente a través de farmacias.

6.1. En el primer grupo -fijación de precios: Art. 1.1.a) LDC- se incluyen:

- FÁBRICA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS S.A. (FAES)
- LABORATORIOS J. NAVARRO S.A.
- LABORATORIOS HISPANO ICO S.A.
- CALMANTE VITAMINADO S.A. - LABORATORIOS PÉREZ GIMÉNEZ
- LABORATORIOS Y ESPECIALIDADES FARMACÉUTICAS CENTRUM S.A.
- LABORATORIOS ROBERT S.A.
- LABORATORIOS CUSI S.A.
- PEROXIDOS FARMACÉUTICOS S.A.
- VECTEM S.A.
- CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA S.A.

6.2 En el segundo grupo -distribución exclusiva en farmacias: Art. 1 LDC- se incluyen:

- PIERRE FABRE IBÉRICA S.A.
- COSMETIQUE ACTIVE IBÉRICA S.A.
- LABORATORIOS GOUPIL IBÉRICA S.A.
- CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA S.A.

7. Notificado el pliego para alegaciones, los interesados formulan las que creen pertinentes, pidiendo todos el sobreseimiento. PIERRE FABRE IBÉRICA S.A. alega la caducidad del procedimiento por inactividad del Servicio y pide que se la expida la certificación que preve el Art. 44 de la Ley 30/1992. El 12 de junio de 1995 el Servicio decide que no procede expedir la certificación solicitada porque el expediente no ha caducado. PIERRE FABRE IBÉRICA S.A. recurre esta decisión ante el Tribunal el 23 de junio de 1995, lo que origina el Exp. r 127/95 en el que ha recaído Resolución desestimatoria el 10 de octubre de 1995.

8. En el Informe se mantienen los mismos cargos y, una vez conformado por el Director General, el expediente se envía al Tribunal, en el que se recibe el 3 de julio de 1995.

9. El 17 de julio de 1995 el Tribunal dicta Auto por el que se acuerda suspender la decisión sobre la admisión a trámite del expediente hasta que se resuelvan los dos recursos pendientes (AH 5 y 7), resoluciones que tienen lugar el 10 de octubre de 1995 (Expte. r 127/95) y 30 de octubre de 1995 (Expte. R 131/95).
10. El 31 de octubre de 1995 el Tribunal admite a trámite el expediente y concede plazo para proposición de prueba y solicitud de Vista.
11. El 7 de febrero de 1996 se resuelve sobre las pruebas propuestas y se acuerda la celebración de Vista. Se practica la prueba declarada pertinente, entre la que se encontraba la petición, que se hizo a través del Servicio, a la Dirección General IV de la Comisión Europea, del envío de copia de las solicitudes de autorización que han presentado a la citada Dirección tres de las empresas acusadas, documentación que se recibe, junto con una carta de la Comisión, el 8 de abril de 1996.
12. El 12 de abril de 1996 se pone de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba para su valoración, y se celebra la Vista el día 13 de mayo de 1996. Después de celebrada el Tribunal acuerda, como diligencia para mejor proveer, incorporar al expediente la prueba documental aportada por la ANGED con su escrito de valoración de prueba, consistente en la copia compulsada de las primeras hojas del "Catálogo de Parafarmacia 88" publicado por el Consejo General de Colegios Oficiales Farmacéuticos, y que éste no había enviado en el período probatorio. Asimismo se indica a los interesados que las conductas imputadas pueden ser también calificadas con arreglo al Art. 85 del Tratado U.E., y se les concede plazo para valorar la prueba incorporada y hacer alegaciones respecto de la nueva calificación.

Recibidas las alegaciones, el expediente es objeto de deliberación y fallo en el Pleno celebrado el día 15 de julio de 1996.

13. Son interesados en este expediente :
 - UCE
 - ANGED
 - FÁBRICA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS S.A. (FAES)
 - LABORATORIOS J. NAVARRO S.A.
 - LABORATORIOS HISPANO ICO S.A.
 - CALMANTE VITAMINADO S.A. - LABORATORIOS PÉREZ GIMÉNEZ
 - LABORATORIOS Y ESPECIALIDADES FARMACÉUTICAS CENTRUM S.A.
 - LABORATORIOS ROBERT S.A.

- LABORATORIOS CUSI S.A.
- PEROXIDOS FARMACÉUTICOS S.A.
- VECTEM S.A.
- PIERRE FABRE IBÉRICA S.A.
- COSMETIQUE ACTIVE IBÉRICA S.A.
- LABORATORIOS GOUPIL IBÉRICA S.A.
- CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA S.A.

HECHOS PROBADOS

Pese a la economía de actuaciones con que se ha llevado a cabo la instrucción de este expediente, el Tribunal ha estimado que hay pruebas suficientes para declarar probados los siguientes hechos:

1. Las empresas :
 - FÁBRICA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS S.A. (FAES)
 - LABORATORIOS J. NAVARRO S.A.
 - LABORATORIOS HISPANO ICO S.A.
 - CALMANTE VITAMINADO S.A. - LABORATORIOS PÉREZ GIMÉNEZ
 - LABORATORIOS Y ESPECIALIDADES FARMACÉUTICAS CENTRUM S.A.
 - LABORATORIOS ROBERT S.A.
 - LABORATORIOS CUSI S.A.
 - PEROXIDOS FARMACÉUTICOS S.A.
 - VECTEM S.A.
 - CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA S.A.

en sus acuerdos con sus distribuidores, han venido incluyendo el señalamiento de precios de venta al público de los cosméticos que entregaban para su reventa.

Este hecho resulta de la documentación facilitada por las propias empresas en contestación al oficio del Servicio de 11 de noviembre de 1992 en el que se las requería que enviaran, entre otros datos, una lista completa de los productos cosméticos fabricados/comercializados por ellas, con indicación de su nombre, uso y precio.

- 1.1. FÁBRICA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS S.A. (FAES) envió una relación de los dos productos que comercializa en la que, junto al nombre de cada uno, aparece la indicación "PVP IVA" y la cantidad en pesetas.

- 1.2. LABORATORIOS HISPANO ICO S.A. envió un cuadro en el que aparecían los dos productos que comercializa y su PVP y PF, para los años 1987 a 1990.
 - 1.3. LABORATORIOS Y ESPECIALIDADES FARMACÉUTICAS CENTRUM S.A. envió su "tarifa de precios productos cosméticos enero 1992", en la que se consigna "PVL, PVP, PVP IVA (incl.)" para sus 7 productos.
 - 1.4. LABORATORIOS J. NAVARRO S.A. comunica sus 3 productos con indicación de su PVP según última tarifa (enero 1991).
 - 1.5. VECTEM S.A. envía una relación de 26 productos con el "PVP IVA, PVP, PVL sin IVA".
 - 1.6. CALMANTE VITAMINADO S.A. - LABORATORIOS PÉREZ GIMÉNEZ envía una lista de 3 productos con la indicación en cada uno de su PVP.
 - 1.7. LABORATORIOS CUSI S.A. envía una "tarifa de precios agosto 1992" con una "descripción de los preparados" "Precio Venta Laboratorio" "Tipo de IVA" y "PVP IVA". Comprende 22 productos.
 - 1.8. LABORATORIOS ROBERT S.A. envía una "Tarifa de precios" en que junto a cada uno de los 18 productos aparece "PVP i.i, PVL s.i, 15% IVA, 3% IVA, PVL c.i".
 - 1.9. PEROXIDOS FARMACÉUTICOS S.A. envía un "listado de productos" con nombre, uso y PVP de cada uno de los 16 que comprende.
 - 1.10. CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA S.A. envía un listado de "precios de venta al público", y un formulario de "Pedido de adquisición" en el que se dice que "Con el presente contrato de compraventa la Farmacia se compromete a vender los productos adquiridos a los precios indicados por la Empresa. Promociones y descuentos serán establecidos únicamente por la Empresa". La lista de precios comprende a todos los productos pertenecientes a la línea Korf, que en sus diversas variantes y presentaciones suman 333 referencias.
2. COSMETIQUE ACTIVE IBÉRICA S.A. (CAI), filial de la compañía francesa COSMETIQUE ACTIVE INTERNATIONAL (VICHY) integrada en el grupo L'Oreal, ha venido distribuyendo sus cosméticos a través exclusivamente del circuito farmacéutico, imponiendo a sus distribuidores la obligación de no

vender -salvo al consumidor final- a quienes no fueran farmacéuticos con farmacia; y comprometiéndose ella misma a no vender a quienes no aceptaran tal obligación.

Este hecho resulta, en primer lugar, de dos folletos, que la UCE acompañó a su denuncia, de sendos productos -Regenium y Elastifine- en los que se lee "Vichy. Laboratoires. En farmacias"; de una fotocopia de otro folleto, aportada por la ANGED, en cuyo reverso decía también "Vichy. Laboratoires. En farmacias"; de la publicidad de un producto, Drena-Ceu, con idéntica leyenda y de la fotocopia de un "catálogo de productos, marzo 1992", con unas "condiciones de venta" al dorso entre la que se cuenta la de que "los productos Vichy deben ser vendidos por el farmacéutico a los consumidores sólo para su uso personal; toda venta a un revendedor ha de entenderse prohibido", salvo la llamada "Excepción CEE", que permite "la venta a otro farmacéutico instalado en cualquier país CEE, bajo la condición de obtener previamente del mismo igual compromiso escrito, limitando la venta a los consumidores"; así como también permite la venta "a un distribuidor autorizado por la marca en cualquier país CEE".

En segundo lugar, el compromiso de no vender fuera del canal farmacéutico se deduce del "Catálogo de parafarmacia 1988". editado por el Consejo General de Colegios Oficiales Farmacéuticos, en el que se dice que "para asignar el código nacional a un producto, se solicita al fabricante un compromiso escrito de que el producto va a mantenerse en el canal exclusivo de la farmacia". Los productos de CAI tienen asignado código nacional. Este catálogo estuvo vigente hasta que fué sustituido por el de 1990/1991, en el que ha desaparecido la frase. El Secretario del Consejo, que accedió al cargo en mayo de 1991, ha manifestado que el Consejo no exige el compromiso de exclusividad para conceder los códigos.

Por último, la propia interesada ha reconocido, en sus primera alegaciones al Servicio -27 de marzo de 1992- que desde hace 30 años ha seguido el mismo sistema de distribución que su matriz, es decir, "a través de farmacéuticos y de mayoristas distribuidores farmacéuticos"; y si bien indica que habrá de adaptar el sistema a la vista de que la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia Europeo no juzgan conforme a derecho comunitario la exclusividad en oficina de farmacia, lo cierto es que no hay constancia de que así lo haya hecho.

3. El sistema de la venta exclusiva en farmacias que ha seguido CAI es el mismo que puso en práctica su matriz francesa -VICHY- y que fué declarado incurso en el Art. 85 del Tratado U.E. y en la Ley nacional francesa por resolución del Consejo de la Competencia francés de 8 de junio de 1987. Una vez que la resolución quedó firme, VICHY notificó a la

Comisión Europea el 29 de agosto de 1989 un sistema dual: para Francia sustituye la exigencia de que el comprador sea farmacéutico con farmacia, por la de que en el punto de venta exista un experto que pueda aconsejar sobre el producto y que deberá ser un licenciado en farmacia (farmacéutico sin farmacia, lo que admitía el Consejo francés), pero para el resto de países de la CEE (salvo Dinamarca, donde no distribuía) mantiene el mismo sistema que había venido siguiendo en Francia, esto es, exigir que el comprador/revendedor sea farmacéutico con farmacia.

El 11 de enero de 1991 la Comisión decide que el mantenimiento de la distribución exclusiva a través de farmacias en 10 países miembros, distintos de Francia, constituye una infracción grave y manifiesta del Art. 85, no susceptible de autorización por el 85.3. Y sin perjuicio de reservarse el derecho a examinar la cuestión en una resolución definitiva, suspende la inmunidad a las multas que lleva consigo la notificación a la Comisión (Art. 15.6 del Reglamento Nº 17). VICHY recurre al Tribunal de Justicia que rechaza, primero, la suspensión de la decisión de la Comisión que VICHY había pedido (7 de junio de 1991), y más tarde confirma enteramente esta decisión (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 1992).

Ante esta Sentencia, VICHY notifica a la Comisión, el 6 de julio de 1992, unos nuevos contratos en los que suprime totalmente la exigencia de la venta exclusiva en farmacias, de modo que el sistema es ya único en toda la CEE: sólo se exige que en el punto de venta se encuentre un farmacéutico.

Por último, la Comisión comunica a VICHY, por carta informal de 6 de mayo de 1994, sus objeciones sobre los nuevos contratos, creyendo excesiva la exigencia de que el experto que esté en el punto de venta tenga que ser licenciado en farmacia; e inicia negociaciones con VICHY sobre esta cuestión que no han concluido, según manifiesta la Comisión al Servicio en su carta de septiembre de 1995. La Comisión no ha levantado la inmunidad frente a las multas respecto de estos contratos.

4. LABORATORIOS GOUPIL IBÉRICA S.A. (GOUPIL) es una filial al 100% de CAI, según manifiesta, que tiene una licencia para la explotación en España de los productos D'ANGLAS concedida por el Laboratorio francés titular de la marca que también pertenece al mismo grupo -L'Oreal- que la matriz de CAI. GOUPIL ha venido también distribuyendo sus productos exclusivamente a través del canal farmacéutico, como se deduce de sus propias manifestaciones que han sido idénticas a las realizadas por CAI a lo largo de todo el procedimiento.

5. PIERRE FABRE IBÉRICA S.A., filial española de la francesa PIERRE FABRE COSMETIQUE, ha venido distribuyendo sus productos a través exclusivamente de farmacias, por lo menos hasta 1993, cuando PIERRE FABRE IBÉRICA afirma que cambia, para todos sus productos, del sistema anterior a otro en el que sustituye la exigencia de que el distribuidor sea farmacéutico con farmacia por la de que en el punto de venta se encuentre un licenciado en farmacia; aunque, de hecho, no se haya acreditado que sus cosméticos se han vendido fuera del canal farmacéutico.

El hecho descrito se deduce de que la distribución exclusiva en farmacias era el sistema que seguía la matriz francesa -como afirmó el Consejo de la Competencia francés en su reunión de 8 de junio de 1987- hasta que en octubre de 1990 notifica a la Comisión Europea un contrato tipo para los productos KLORANE, en el que exige que el distribuidor tenga la condición de farmacéutico con oficina, junto con otros contratos, para otros productos, en los que únicamente exige que en el puesto de venta se encuentre un licenciado en farmacia. En noviembre de 1993 la matriz francesa notifica a la Comisión, con algunas modificaciones, unos nuevos modelos de contratos en los que ha desaparecido la exigencia de la farmacia. Pues bien: no hay constancia de que la filial española siguiera un sistema distinto, o de no exclusiva, cuando, además, en España estaba vigente la necesidad del compromiso de la exclusividad para la concesión del Código Nacional por el Consejo General de Colegios Oficiales Farmacéuticos, código que tienen los productos PIERRE FABRE IBÉRICA S.A. Y no hay constancia tampoco de que a partir de la notificación a la Comisión de octubre de 1990 limitara la exclusiva a los productos KLORANE, cuando es la propia PIERRE FABRE IBÉRICA S.A. quien afirma que el cambio de sistema que efectúa en 1993 es para todos sus productos. Lo que realiza entonces es el paso de una distribución exclusiva en farmacias a una distribución selectiva, esto es, al sistema que en 1993 su matriz notificó a la Comisión. La Comisión no ha levantado la inmunidad frente a las multas a PIERRE FABRE IBÉRICA S.A.

6. CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA S.A. filial española de la compañía italiana CAMPAGNA PER LE FARMACIE IN ITALIA, s.p.a, comercializa sus productos vendiéndolos exclusivamente a farmacéuticos con farmacia.

El objeto social de la compañía es "la importación, comercialización, representación y venta exclusiva de los productos cosméticos para farmacias de la casa CAMPAGNA PER LE FARMACIE IN ITALIA, s.p.a, en las farmacias del territorio español". Vende directamente a las farmacias, sin distribuidores intermedios, imponiendo al comprador la obligación de no

revender a tiendas en competencia, como consta en el formulario de "Pedido de adquisición" aportado por la sociedad al expediente. La sociedad, que acepta el hecho, defiende la licitud de este sistema.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El primero de los cargos formulados por el Servicio, que comprende a las 10 empresas enumeradas en el AH 6.1., es el de fijar los precios de venta al consumidor de los cosméticos que estas empresas fabrican o comercializan.
 - 1.1. Las expedientadas han presentado, en primer lugar, alegaciones formales: la de caducidad del expediente, ya decidida por este Tribunal en su resolución de 10 de octubre de 1995 (AH 7); y la de que al tratarse de un hecho no contenido en la denuncia de la UCE, debería haber motivado la apertura de un nuevo expediente; alegación irrelevante porque la instrucción del Servicio no se limita a la denuncia, la acusación se incluye en el pliego de concreción de hechos y las acusadas han tenido todos los medios para defenderse de esta imputación.
 - 1.2. En las alegaciones de fondo, que son comunes a más de una empresa, se hace referencia a la ignorancia de que estaba prohibido el señalamiento del precio; que sería, cabe añadir, una ignorancia no disculpable en todo caso, porque estos acuerdos estaban ya incluidos en la LDC anterior de 1963 y el Tribunal se ha pronunciado sobre ellos en diversas ocasiones; o que se hacía por inercia, al ser los cosméticos una producción sin importancia respecto de los medicamentos, aplicándolos las mismas prácticas que a ellos en su comercialización; pero, los medicamentos, hay que señalar, están sujetos a un régimen legal excepcional, que no puede extenderse a productos que no tengan aquella consideración; o, en fin, se dice que los precios señalados no eran tales, porque no hacían más que sumar el porcentaje que los farmacéuticos usualmente aplican al precio de venta del fabricante; cuando lo que se imputa no es la cuantía del precio fijado sino el hecho mismo de su señalamiento.
 - 1.3. Hay dos exculpaciones que aducen la mayoría de las empresas imputadas: que los precios eran simplemente recomendados y que nunca han exigido su cumplimiento a los distribuidores. Mas aun en el supuesto de que los precios tuvieran aquella condición, lo que no resulta en la mayoría de los casos suficientemente probado, es de recordar que el precio recomendado puede ser admisible cuando

hay suficiente competencia entre revendedores: funciona entonces como precio máximo y facilita al consumidor la comparación de ofertas que se distinguen por el porcentaje de descuento que cada una ofrece respecto del mismo producto. Cuando el Tribunal ha autorizado precios recomendados ha sido porque en el caso concreto se daba esta condición: "El Tribunal manifiesta que la existencia de competencia intramarca en el precio de venta es un elemento indispensable de competencia en un sistema de distribución selectiva, de modo que si se observara la existencia de acuerdo entre el concedente y los distribuidores o de conductas paralelas entre éstos para evitar la práctica de descuentos, la autorización podría ser revocada" (Resolución de 23 de junio de 1992, Exp. 31/92).

La competencia intramarca no se da generalmente en el sistema farmacéutico, que constituye un circuito cerrado, en el que rige el "numerus clausus" y en el que la competencia en precios entre farmacias está deontológicamente prohibida, bien directamente - descuentos, publicidad- bien por aplicación del principio de solidaridad y dignidad profesionales que impera en este gremio.

Este comportamiento no competitivo de la profesión, que proviene de que el negocio farmacéutico está levantado sobre el medicamento, tiende, de hecho, a extenderse también a las mercancías que no lo son, como los cosméticos, teniendo los propios farmacéuticos un interés específico en que el fabricante señale el precio de venta al público para evitar que, en su defecto, se pueda desatar entre ellos una competencia no deseada. El interés de la otra parte en el mantenimiento de precio fijado garantiza al fabricante que los vendedores lo observarán con carácter general, sin necesidad de ulteriores inquisiciones o apremios.

En definitiva, el precio recomendado funciona en el canal farmacéutico como un precio fijo, que, al ser seguido por todos, les permite a todos mantener unos mismos márgenes, coadyuvando de este modo al funcionamiento no competitivo del mercado; por lo que resulta práctica prohibida por el Art. 1.1.a) LDC y por el Art. 85.1.a) del Tratado U.E. en el supuesto de que la práctica afectara al comercio intracomunitario, lo que no parece darse en este caso, salvo para la empresa CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA S.A.

- 1.4. Hay, por último, alegaciones referidas a la escasa importancia de los cosméticos en relación con la producción total de la empresa o a su limitada comercialización en el tiempo o en el espacio, que sí son de tener en cuenta, y así se ha hecho, para graduar la sanción respecto de cada empresa.
- 1.5. El Art. 10.1 permite imponer una multa hasta el tope máximo del 10% de la cifra de ventas del ejercicio inmediatamente anterior a aquél en que la resolución se dicta.

El Art. 10.2 enumera los elementos que deberán tomarse en consideración para graduar la cuantía de la sanción, entre ellos la dimensión del mercado, que en este caso es el de productos cosméticos. Respecto de los demás elementos cabe decir:

La fijación de precios, viene afirmando el Tribunal, 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, que en este caso, desde el punto de vista geográfico, se limita al mercado nacional, no pareciendo que afecte al comercio intra comunitario; la práctica viene a reforzar la falta de competencia de que adolece en general el circuito farmacéutico, impidiendo que ésta se inicie en productos que no son medicamentos, privando de este modo a los consumidores de la posibilidad de pagar los menores precios a que, si hubiera competencia, permitiría llegar el amplio margen con que los cosméticos se venden; es una práctica que se ha extendido en el tiempo al menos hasta el momento en que se formaliza el pliego de concreción de hechos; y no es de apreciar la reiteración porque estas empresas no habían sido condenadas por esta práctica con anterioridad.

Ponderando todas estas circunstancias, más las particulares de cada empresa, se estiman adecuadas las siguientes multas :

FABRICA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS, S.A.	25.000,- Pts.
LABORATORIOS HISPANO ICO, S.A	45.000,- Pts.
LABORATORIOS Y ESPECIALIDADES FARMACÉUTICAS CENTRUM, S.A. .	950.000,- Pts.
LABORATORIOS J. NAVARRO, S.A.	40.000,- Pts.
VECTEM, S.A.	2.400.000,- Pts.
CALMANTE VITAMINADO, S.A. –	
LABORATORIOS PÉREZ GIMÉNEZ	60.000,- Pts.

LABORATORIOS CUSI, S.A.	5.300.000,- Pts.
LABORATORIOS ROBERT, S.A.	900.000,- Pts.
PEROXIDOS FARMACÉUTICOS, S.A.	55.000,- Pts.
CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA, S.A.	11.000.000,- Pts.

2. El segundo de los cargos formulados por el Servicio -distribución exclusiva a través de farmacias- es común para las cuatro empresas enumeradas en el AH 6.2. que se examinan a continuación

2.1. COSMETIQUE ACTIVE IBÉRICA, S.A.

- 2.1.1. La conducta que se reprocha a COSMETIQUE ACTIVE IBÉRICA, S.A. (CAI), esto es, el distribuir sus cosméticos exclusivamente a través del canal farmacéutico, impidiendo que sus distribuidores y compradores los revendan (salvo al consumidor final) a quien no sea farmacéutico con farmacia, es el mismo sistema que su matriz francesa VICHY venía siguiendo desde hace 30 años, dice CAI en sus primeras alegaciones; y alega que su conducta está cubierta por la notificación de VICHY a la Comisión, (Hecho probado número 3).

La alegación sólo puede admitirse parcialmente. Debido a que en la LDC anterior, al no establecerse una prescripción específica, regía el plazo de prescripción de las faltas penales, la conducta a considerar no puede ir más allá de los dos meses anteriores a la entrada en vigor de la Ley 16/1989 (agosto 1989). Como fué justamente el 29 de agosto de 1989 cuando VICHY notificó la exclusiva en farmacias para los demás países distintos de Francia, podría admitirse que CAI estaba cubierta hasta que la Comisión levanta la inmunidad por la decisión del 11 de febrero de 1992. A partir de este momento, CAI deja de estar protegida, hasta que VICHY notifica -6 de julio de 1992- el nuevo sistema (farmacéutico sin farmacia) para España; y hubiera vuelto a estarlo desde este momento hasta la actualidad si CAI hubiera abandonado el sistema de la exclusividad y hubiera adoptado el que se había notificado. Pero no lo ha hecho, continuando con el sistema antiguo.

- 2.1.2. Sostiene también CAI que el sistema de la exclusiva es lícito, o al menos autorizable, con argumentos semejantes a los que expuso al Consejo de la Competencia francés y luego a la

Comisión; argumentos que fueron minuciosamente analizados y rechazados por las dos instancias y finalmente vueltos a analizar y rechazar definitivamente por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Primera Instancia.

Este Tribunal de Defensa de la Competencia acepta la interpretación comunitaria que incluye la conducta en cuestión en el Art. 85.1, aplicable al caso, y que no puede ser objeto de autorización -que corresponde otorgar a la Comisión- con arreglo al Art. 85.3; así como también entiende que debe llegarse al mismo resultado si se aplica el Art. 1 de la Ley española. Es decir, que la exclusiva en farmacias está prohibida y no es susceptible de autorización también en los casos en que no resulta afectado el comercio intracomunitario.

Es de advertir, como hace la Comisión, que con ello no se está prohibiendo a CAI la utilización del canal farmacéutico para sus cosméticos, ni tampoco se le está imponiendo que realice una política de ventas activas fuera de este canal; lo que se le prohíbe es cerrarlo por medio de acuerdos que impiden al distribuidor salirse de él y a CAI vender a personas ajenas, asegurando de este modo la estanqueidad del circuito que beneficia a fabricantes y farmacéuticos y perjudica a los demás: vendedores y clientes. Lo que se hace con estos pactos es extender el monopolio de los medicamentos, que la Ley concede a las farmacias, a productos distintos, obteniéndose con ello unos beneficios monopolísticos que carecen de justificación. En suma, lo que no permite la Ley es la creación de un monopolio por convenio entre los interesados en explotarlo.

- 2.1.3. CAI ha sido plenamente consciente de la ilicitud de su conducta, como concedora de las resoluciones del caso VICHY antes citadas, pudiendo ser sancionada con una multa de hasta el 10% de su cifra de ventas en el ejercicio anterior a aquél en que se dictó la Resolución (Art. 10.1), cifra de ventas que corresponde en su totalidad a la de productos cosméticos; y debe tenerse en cuenta, para graduar la cuantía, que la conducta por la que se asegura la estanqueidad del canal farmacéutico, impidiendo la entrada de otros distribuidores -y no altera el planteamiento el que, de hecho, no se haya demostrado su negativa de venta a

operadores concretos ajenos al canal- es de menor gravedad que la fijación de precios, porque deja margen a los farmacéuticos para que compitan entre sí -si no lo hacen, no será ya cuestión del fabricante-; que la conducta ha afectado no sólo al mercado español; que como consecuencia de ella han resultado perjudicados tanto los distribuidores ajenos al circuito farmacéutico como los consumidores, que se hubieran beneficiado de los menores precios que practican en especial las grandes superficies; y que la restricción a la competencia se ha mantenido hasta la actualidad. No es de apreciar la reiteración porque es la primera vez que CAI es expedientada por esta conducta.

Ponderando estas circunstancias, se impone a CAI una sanción de: 24.500.000,- Pts.

2.2. LABORATORIOS GOUPIL IBÉRICA, S.A.

Esta compañía es, asegura, filial al 100% de CAI y tiene una licencia de explotación de los productos D'ANGLAS concedida por la titular francesa, que pertenece al mismo grupo que la matriz de CAI (grupo L'Oreal).

La Comisión informa -carta de septiembre de 1995- que esta sociedad no ha presentado ninguna notificación de sus contratos; pero examinando la documentación enviada se observa que en la notificación de VICHY expresamente se dice que, además de los productos VICHY, también se comprenden los de los Laboratorios D'ANGLAS, que son los que comercializa GOUPIL.

Desde sus primeras alegaciones -marzo 1992- GOUPIL ha repetido los escritos de CAI. El Servicio, por su parte, ha dado el mismo tratamiento, y tanto en el pliego como en el Informe se remite, para GOUPIL, a lo que dice para CAI.

Dado el paralelismo en la conducta de las dos sociedades, son de aplicar las consideraciones hechas respecto de CAI, imponiéndola una sanción de: 6.400.000,- Pts.

2.3. PIERRE FABRE IBÉRICA, S.A.

2.3.1. Es una filial de la francesa PIERRE FABRE COSMETIQUE que, según indica la Comisión, notificó sus contratos de distribuidores autorizados el 26 de octubre de 1990; y una segunda vez, después de introducir algunas modificaciones,

el 2 de noviembre de 1993. Esta versión, según la Comisión, es la vigente en España. La Comisión, que no ha levantado la inmunidad frente a las multas respecto de los contratos notificados, tramita este caso en paralelo con el caso VICHY y su tratamiento, dice, dependerá del resultado a que se llegue en aquél.

- 2.3.2. PIERRE FABRE IBÉRICA, S.A. afirmó en sus alegaciones iniciales -marzo 1992- que no había celebrado ningún contrato, ni escrito ni verbal, con las farmacias a través de las cuales distribuye sus productos y que no ha negado el suministro a ninguna persona establecida en España que se los haya solicitado; añadiendo que su matriz presentó el formulario A/B a la Comisión en Octubre de 1990.

Es de observar que la entrega de los productos a los distribuidores se hace siempre en virtud de un contrato, en el que se fijan las condiciones esenciales de la entrega, aunque el contrato sea sólo verbal y se haga por remisión a las condiciones generales de venta del fabricante. Este contrato prevé la exclusiva en farmacias. De modo que PIERRE FABRE IBÉRICA S.A. no puede alegar la cobertura de la notificación a la Comisión, que su matriz no hizo hasta el 26 de octubre de 1990. En esta primera notificación aparece un contrato, el relativo a los productos Klorane, en el que se sigue el sistema de distribución exclusiva a través de farmacéuticos con oficina, cambiándose luego, en la segunda notificación, al sistema de farmacéutico sin oficina, es decir, exigiendo únicamente que en el punto de venta haya un licenciado en farmacia, contratos que son los que desde entonces aplica. De aquí que hasta octubre de 1990, por lo que respecta a los productos de la marca Klorane, y hasta noviembre de 1993 respecto de los demás, PIERRE FABRE IBÉRICA, S.A. haya estado infringiendo tanto el Art. 85.1 del Tratado U.E. como el Art. 1 de la LDC; a contar de estas fechas ha estado cubierta por la notificación a la Comisión.

- 2.3.3. Teniendo en cuenta estas circunstancias, lo antes indicado respecto de CAI y que todas sus ventas son de cosméticos, la sanción a aplicar se fija en la cantidad de : 4.800.000,- Ptas.

2.4. CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA, S.A.

2.4.1. Sus alegaciones se encaminan a demostrar la licitud del sistema de utilización exclusiva del canal farmacéutico que ha venido utilizando desde su establecimiento en España, sin que ni ella ni su matriz hayan realizado notificación alguna a la Comisión. Afirmada la inclusión de tal conducta en el Art. 85.1 del Tratado U.E. y en el Art. 1 de la LDC, de la que la sociedad tenía conocimiento desde que se difundieran las resoluciones del caso VICHY, no cabe exculpar su proceder, que se estima merecedor de sanción.

2.4.2. Por las mismas consideraciones hechas a propósito de CAI, y teniendo presente que la cifra de ventas de esta sociedad lo es exclusivamente de cosméticos, la multa que corresponde es de : 5.500.000,- Pts.

3. Además de la declaración de la existencia de prácticas prohibidas y de la imposición de multas, el Art. 46 LDC permite al Tribunal la adopción de otras medidas entre las que se encuentran la de cesación de las prácticas declaradas y la de remoción de sus efectos.

La primera procede cuando no se tiene la suficiente certeza de que las prácticas han cesado realmente, como ocurre en este caso; la segunda exige concretar los efectos contrarios al interés público, que no cabe confundir con la indemnización de los daños sufridos por los perjudicados, cuestión que no es competencia del Tribunal (Art. 13 LDC), y la forma en que serán removidos.

La práctica, reiterada en el tiempo, de la utilización exclusiva del circuito farmacéutico para la distribución de productos cosméticos ha creado la apariencia de que se trataba de una práctica legítima, induciendo a los operadores ajenos a aquel canal a abstenerse de intentar entrar en este mercado; hecho que se refuerza por la utilización en la publicidad de estos productos de expresiones como "sólo en farmacias" y otras similares que, a más de reforzar la apariencia de legalidad de la práctica, originan en los consumidores la creencia de que no encontrarán estos productos fuera de las farmacias. Para evitar que tales efectos se sigan produciendo, se ha estimado adecuada la adopción de dos medidas: la de que las empresas autoras de la práctica se dirijan a la ANGED manifestando que están dispuestas a atender los pedidos que sus asociados las formulen, siempre que se acepten sus condiciones generales de distribución y venta, que para ello deberán enviar a ANGED; y que cese la publicidad que pueda inducir a mantener la creencia de la venta exclusiva en farmacias.

4. Por último, el Art. 46.5 ordena la publicación de la resolución, a costa de los sancionados, tanto en el BOE como en diarios de ámbito nacional y provincial. Se precisa que la publicación comprende la parte dispositiva de la resolución y que la publicación se hará en el BOE y en un diario de ámbito nacional, así como se declara que todas las empresas sancionadas responderán solidariamente del cumplimiento de la obligación de efectuar las publicaciones debiendo comunicar al Tribunal, en el plazo de diez días, CAI la hecha en el BOE, y CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA S.A. la hecha en el diario de ámbito nacional.

Por todo ello el Tribunal

RESUELVE

1. Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia del Art. 1.1.a) LDC y, en su caso, del Art. 85.1 del Tratado U.E., consistente en fijar el precio de venta al público de los productos cosméticos que ponen en el mercado para su distribución las empresas que se relacionan, a las que se considera autores de la práctica :
- FÁBRICA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y
 - FARMACÉUTICOS S.A. (FAES)
 - LABORATORIOS J. NAVARRO S.A.
 - LABORATORIOS HISPANO ICO S.A.
 - CALMANTE VITAMINADO S.A. - LABORATORIOS PÉREZ GIMÉNEZ
 - LABORATORIOS Y ESPECIALIDADES FARMACÉUTICAS CENTRUM S.A.
 - LABORATORIOS ROBERT S.A.
 - LABORATORIOS CUSI S.A.
 - PEROXIDOS FARMACÉUTICOS S.A.
 - VECTEM S.A.
 - CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA S.A.
2. Imponer a estas empresas las siguientes multas :
- | | |
|--|----------------|
| - FÁBRICA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS S.A. (FAES) | 25.000,- Pts. |
| - LABORATORIOS J. NAVARRO, S.A. | 40.000,- Pts. |
| - LABORATORIOS HISPANO ICO S.A. | 45.000,- Pts. |
| - CALMANTE VITAMINADO S.A. - LABORATORIOS PÉREZ GIMÉNEZ | 60.000,- Pts. |
| - LABORATORIOS Y ESPECIALIDADES FARMACÉUTICAS CENTRUM S.A... | 950.000,- Pts. |
| - LABORATORIOS ROBERT S.A | 900.000,- Pts. |

- LABORATORIOS CUSI S.A	5.300.000,- Pts.
- PEROXIDOS FARMACÉUTICOS S.A.	55.000,- Pts.
- VECTEM S.A.	2.400.000,- Pts.
- CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA S.A.	11.000.000,- Pts.

3. Intimar a estas empresas para que cesen en la práctica y se abstengan de realizarla en lo sucesivo.

4. Declarar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia del Art. 1.1. LDC y del Art. 85.1 del Tratado U.E., consistente en distribuir productos cosméticos exclusivamente a través de farmacias.

Son autores de esta práctica :

- PIERRE FABRE IBÉRICA S.A.
- COSMETIQUE ACTIVE IBÉRICA S.A.
- LABORATORIOS GOUPIL IBÉRICA S.A.
- CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA S.A.

5. Imponer a estas empresas las siguientes multas :

- PIERRE FABRE IBÉRICA S.A.	4.800.000,- Pts.
- COSMETIQUE ACTIVE IBÉRICA S.A.	24.500.000,- Pts.
- LABORATORIOS GOUPIL IBÉRICA S.A.	6.400.000,- Pts.
- CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA S.A.	5.500.000,- Pts.

6. Intimar a estas empresas para que cesen en la práctica y se abstengan de realizarla en lo sucesivo.

7. Ordenar a las mismas empresas que dirijan una comunicación a la ANGED, para que la difunda a sus asociados, en la que se indiquen las condiciones de distribución y venta de sus cosméticos.

8. Ordenar a las mismas empresas que dejen de emplear en la publicidad de sus productos la expresión "sólo en farmacias" u otras semejantes que puedan inducir a los consumidores a pensar que el producto se vende exclusivamente en farmacias.

9. 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 sancionadas, todas las cuales responderán solidariamente del cumplimiento de esta obligación, debiendo comunicar al Tribunal, en el plazo de diez días, CAI la publicación hecha en el BOE y CAMPAÑA PARA LAS FARMACIAS EN ESPAÑA S.A. la hecha en el diario de ámbito nacional.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y a la Dirección General IV de la Comisión Europea y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.