

## **RESOLUCIÓN (Expte. 539/02, Cofarca)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente  
Huerta Trolèz, Vicepresidente  
Castañeda Boniche, Vocal  
Pascual y Vicente, Vocal  
Comenge Puig, Vocal  
Martínez Arévalo, Vocal  
Franch Menéu, Vocal  
Muriel Alonso, Vocal  
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 26 de mayo de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición arriba expresada y siendo Ponente Don Javier Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 539/02, incoado contra la Cooperativa Farmacéutica Canaria (COFARCA) por conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

### **ANTECEDENTES**

- 1.- En fecha 20 de noviembre de 2000 COFARES, Sociedad Cooperativa Farmacéutica Española formuló denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra COFARCA, Cooperativa Farmacéutica Canaria, por haber incurrido en prácticas anticompetitivas sancionadas por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. Más tarde, mediante escrito de 19 de enero de 2001, Cofares presentó su desistimiento de la citada denuncia.
- 2.- El Servicio, una vez practicadas las comprobaciones oportunas, resolvió la admisión a trámite de la denuncia mediante Acuerdo de 20 de diciembre de 2000 y, una vez concluida la instrucción del Expediente, emitió informe-propuesta a este Tribunal en el que, de conformidad con el Pliego de Concreción de Hechos, calificaba los denunciados como constitutivos de una infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, por abuso de posición dominante.
- 3.- Recibido el Expediente en el Tribunal, el Pleno del mismo, por medio de Providencia de 29 de mayo de 2002, acordó su admisión a trámite y su

puesta de manifiesto a la interesada para que en el plazo legal pudiera proponer las pruebas que a su derecho convinieran y solicitar la celebración de vista, lo que se comunicó al Servicio y se notificó a la parte interesada.

- 4.- Una vez concluido el período probatorio, la denunciada presentó sendos escritos de valoración de prueba y de conclusiones definitivas, de fechas 9 de julio y 7 de diciembre de 2002, respectivamente.
- 5.- El Pleno del Tribunal deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 14 de mayo de 2003.
- 6.- Es interesada la Cooperativa Farmacéutica Canaria (COFARCA).

## **HECHOS PROBADOS**

1.- La Cooperativa Farmacéutica Canaria (COFARCA) es una sociedad cooperativa formada por farmacéuticos de la provincia de Las Palmas, fundada en el año 1935 e inscrita en el Registro de Cooperativas desde 1948, cuyo objeto principal es la adquisición y distribución, sin ánimo de lucro y para el uso exclusivo de los socios cooperativistas, de especialidades farmacéuticas, productos químicos y farmacéuticos y cuantos otros artículos se relacionan con el ejercicio de la profesión farmacéutica.

2.- COFARCA ha incluido en sus Estatutos, con ocasión de la adaptación de los mismos a los requisitos de la Ley de Cooperativas de 1987, aprobada por Asamblea General Extraordinaria de socios celebrada el día 19 de enero de 1995, un precepto, el artículo 11.2.d), en el que se impone a los asociados la obligación de adquirir a Cofarca al menos el 70 por ciento de sus posibilidades de compras anuales, pudiendo ser expulsados de la Cooperativa si incumplieren dicha obligación. Dicho precepto ha continuado en vigor hasta la actualidad.

El precepto denunciado señala literalmente como una de las obligaciones de los socios la de: "Participar en las actividades y servicios cooperativizados, consistentes en adquirir una cantidad anual no inferior al 70% de sus posibilidades de compras, respecto de las cuales el Consejo Rector fijará el correspondiente cargo cooperativo, que, como mínimo, será de quince mil pesetas en cada facturación que realice; de tal forma que aquellos socios que en sus pedidos a la cooperativa no alcancen el mentado 70% se les cargará en el resumen de la facturación correspondiente la

diferencia hasta las 15.000 pesetas señaladas, sin perjuicio de que si no cumplen con el expresado porcentaje puedan ser expulsados de la Cooperativa. Cuando exista causa justificada, el Consejo Rector podrá liberar de dicha obligación al socio, en la cuantía que proceda, en función de las circunstancias que concurran”.

**3.-** COFARCA cuenta con 320 socios, todos ellos titulares de oficinas de farmacia en la provincia de Las Palmas y posee una cuota del noventa por ciento en el mercado de la distribución farmacéutica en dicha provincia, con una facturación de 132, 22 millones de euros.

## **FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA**

**PRIMERO.-** Los hechos que se declaran probados aparecen plenamente acreditados en el expediente tanto por el reconocimiento expreso de la propia Cooperativa denunciada, que asume el contenido del artículo 11,2.d) en los términos literales que quedan descritos, como por la documentación aportada, ya que obra en autos copia de los Estatutos aprobados en 1995. COFARCA admite, igualmente, la cuota de mercado y el volumen de facturación que figuran en el apartado tercero del relato de hechos probados.

**SEGUNDO.-** En relación con estos hechos, el Servicio de Defensa de la Competencia, en su Pliego de Concreción de Hechos, imputa a COFARCA la práctica de una conducta prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, por abusar de su posición de dominio en el mercado de la distribución al por mayor de medicamentos, productos farmacéuticos y parafarmacéuticos de la provincia de Las Palmas, con el efecto de excluir de dicho mercado a terceros competidores.

Por su parte, COFARCA formula alegaciones interesando, con carácter previo, la declaración de caducidad del expediente ante el Servicio de Defensa de la Competencia y, subsidiariamente, argumenta en contra de la calificación del Servicio afirmando, en síntesis, que los hechos imputados no constituyen infracción alguna de la Ley 16/1989, ya que la fijación de cuotas mínimas de participación de los socios en las actividades cooperativas está expresamente permitida por la Ley de Cooperativas de 1987 y, en todo caso, que su conducta no debe ser objeto de sanción al haber actuado de buena fe y en base a la confianza provocada por la actuación de la propia Administración, que informó favorablemente y con carácter previo sobre la legalidad del proyecto del nuevo texto estatutario que le fue presentado.

**TERCERO.-** En relación con la petición de que se declare la caducidad del expediente por haber excedido la tramitación de la fase de instrucción practicada por el Servicio de Defensa de la Competencia, del plazo de doce meses establecido por el artículo 56.1 de la Ley 16/1989, ha de ser desestimada, ya que dicho plazo no es de aplicación al presente expediente, al haber sido éste incoado con anterioridad a la entrada en vigor de esa limitación temporal.

En efecto, aunque ciertamente la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, modificó el artículo 56.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, estableciendo un plazo de caducidad de doce meses para las actuaciones del Servicio en lugar del de dieciocho meses que regía hasta entonces, la disposición final Tercera de la misma Ley establecía que el nuevo plazo de doce meses sería de aplicación para los expedientes que fueran iniciados a partir del día 1 de enero de 2001, siendo aplicable el de dieciocho meses para todos los iniciados con anterioridad a esa fecha.

En consecuencia, al haber sido incoado el presente expediente el día 26 de diciembre de 2000, antes de la entrada en vigor de la modificación del artículo 56.1 introducida por la Ley 52/1999, el plazo máximo de su instrucción estaba fijado en dieciocho meses, que no habían aún transcurrido cuando el Servicio concluyó la instrucción y remitió las actuaciones a este Tribunal, donde tuvieron entrada el 22 de mayo de 2002, por lo que no ha lugar a acoger la pretensión deducida por la imputada sobre la caducidad del expediente.

**CUARTO.-** En cuanto a los hechos imputados, la imposición estatutaria realizada a los socios de la Cooperativa COFARCA de la obligación de adquirir al menos el setenta por ciento de sus compras anuales a la propia Cooperativa, pudiendo ser expulsados de ella si incumplieran tal obligación, todo ello realizado desde una posición de dominio en el mercado definido de la distribución al por mayor de medicamentos, productos farmacéuticos y parafarmacéuticos de la provincia de Las Palmas, en el que la imputada tiene el noventa por ciento y una absoluta independencia de comportamiento frente a sus competidores, como demuestra el hecho de fijar tan elevada cuota, constituye una conducta que debe considerarse incurso en las prohibiciones establecidas por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que tiene como objeto y efecto el cierre del mercado a otros competidores, sin que constituya para ello un obstáculo el hecho de que la Ley de Cooperativas autorice establecer una cantidad obligatoria de participación mínima de los socios, (art. 12), lo que será lícito siempre que no exceda de la finalidad de esta facultad, que es la de permitir el cumplimiento del fin social de la

cooperativa y no contravenga otras leyes de carácter imperativo, como es la Ley de Defensa de la Competencia.

En este sentido, el Tribunal se ha pronunciado con anterioridad sobre hechos similares (Expedientes A 277 COFAS y 470 COFAS), estableciendo la doctrina, aplicable al caso que nos ocupa, de que el acuerdo de imponer a los cooperativistas una obligación de compra mínima desde una posición dominante “supone consolidar la barrera de entrada de producto disponible para la competencia con otros mayoristas de medicamentos y supone también un entorpecimiento de la competencia en precio entre las oficinas de farmacia (en la medida en que esta competencia va siendo legalmente posible), que se ven más estrechamente vinculadas al mismo proveedor”, por lo que debe considerarse como abusiva y por ello contraria a la prohibición establecida por el artículo 6 de la Ley 16/1989.

**QUINTO.-** La imputada alega igualmente en su defensa que su conducta, cualquiera que sea la calificación que le corresponda, no debe ser objeto de sanción, ya que los hechos que se le atribuyen fueron realizados en base a la presunción de legalidad de los mismos, derivada de actos de la propia Administración, por lo que su actuación se llevó a cabo conforme a los principios de la buena fe y confianza legítima.

Dicha argumentación se basa en que la Cooperativa, antes de aprobar la adaptación de sus Estatutos, sometió voluntariamente el proyecto de los mismos a la calificación previa por parte de la autoridad competente, conforme autorizaba el artículo 13 de la Ley de Cooperativas de 1987, para lo que remitió el texto provisional a la Subdirección General del Instituto Nacional de Fomento de la Economía Social (INFES), del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y dicho organismo, tras proponer unas modificaciones, que fueron realizadas por COFARCA, emitió finalmente su informe favorable al proyecto presentado, todo lo cual queda debidamente acreditado en las actuaciones. Posteriormente, el Registro de Cooperativas inscribió los Estatutos sin oponer ninguna objeción.

De estos hechos deduce la imputada que la actuación de la Administración no puede ser contradictoria con sus propios actos y que si la propia Administración dio el visto bueno al proyecto de Estatutos e inscribió éstos en el Registro correspondiente, no puede ahora ir contra sus propios actos declarando la ilicitud de lo aceptado, pues ello vulneraría los principios de unidad de actuación de la Administración, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima.

Sin perjuicio de reconocer que las circunstancias alegadas puedan ser tenidas en cuenta para graduar la culpabilidad de la imputada, lo que será objeto de posterior análisis, lo cierto es que no pueden ser aceptadas para desvirtuar la antijuridicidad de la conducta examinada, por un lado, porque los organismos administrativos que procedieron, respectivamente, a la calificación previa y a la inscripción de los Estatutos en el Registro correspondiente, no tienen atribuida la misión de velar por la defensa de la competencia o por la relación de las cooperativas con otros operadores económicos de cualquier naturaleza, sino la de cuidar del cumplimiento de los requisitos formales y funcionales de carácter interno necesarios para su constitución y funcionamiento, por lo que el informe previo favorable y la mera inscripción registral tienen un valor limitado a esos aspectos formales y no pueden vincular ni eliminar el control de órganos especializados. De otro lado, porque la doctrina de la confianza legítima ha de proyectarse sobre el ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía de la Administración, pero no sobre los aspectos reglados y sobre las normas de naturaleza imperativa, frente a las cuales no puede prevalecer, como recuerda la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2002, lo resuelto en un acto o en precedente que fuera contrario a ellos.

**SEXTO.-** Insiste la imputada sobre la improcedencia de que se le imponga sanción alguna sobre la base de que actuó en todo momento de buena fe y aplicó la diligencia necesaria para que los Estatutos aprobados fueran conformes con la legalidad, ya que no sólo sometió el proyecto al dictamen favorable previo de la propia Administración, sino que incluso solicitó y obtuvo el informe de un despacho de abogados especialistas en cooperativas, que incluso le recomendó que elevara aún más el porcentaje mínimo de compra obligatoria para los socios. Por ello, afirma que no actuó con dolo ni con negligencia y que la ausencia de culpabilidad priva a la infracción de un elemento necesario para que pueda ser sancionada.

Ante esta alegación debe oponerse la doctrina de que la culpabilidad ha de proyectarse no tanto en las manifestaciones externas de la conducta del autor de una infracción, sino especialmente en los elementos internos de la finalidad perseguida con esa conducta y en la conciencia y voluntad de que los actos realizados produzcan un resultado determinado, que está prohibido por la ley y, en este sentido, no cabe duda de que el establecimiento de límites mínimos de compra para todos los asociados, tan elevados como del setenta por ciento, y la sanción de expulsión para el cooperativista que incumpliera esta obligación, realizado desde una fuerte posición de dominio, no puede tener otro objeto que el de reforzar aun más esa posición, cerrando el mercado a otros competidores, finalidad que indudablemente fue contemplada y aceptada por los responsables, cuya conducta no puede así

considerarse como libre de culpabilidad, sin perjuicio de que la adopción por parte de COFARCA de las cautelas más arriba expresadas para la modificación de sus Estatutos, deba ser valorada positivamente como circunstancia moderadora de su responsabilidad.

Por otra parte y en consonancia con la doctrina expuesta, la jurisprudencia no anuda la idea de culpabilidad del sujeto infractor a la adopción de precauciones de asesoramiento o consultas previas, sino que la vincula a la circunstancia de que la conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de de las normas imperativas aplicables (STS 23 de septiembre de 2002, entre otras), lo que no sucede en el supuesto examinado, en el que la infracción apreciada es clara e incontestable.

**SÉPTIMO.-** Finalmente, la imputada invoca el texto de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto 250/92 Goettrup/Klim, del que pretende llegar a una conclusión conforme a sus intereses, aunque sin aportar ningún argumento en apoyo de su pretensión. Tal alegación ha de ser rechazada desde el momento en que dicha Sentencia contempla un supuesto en nada comparable con el que es objeto de este expediente, ya que se refiere a un mercado distinto, el de productos agrarios, los hechos no consisten en el establecimiento de cuotas de compra mínima, sino en la prohibición de que los cooperativistas puedan integrarse en otras formas de cooperación organizada y, por último, la cuota de la empresa inculpada era del 36 por ciento del mercado danés de productos fitosanitarios.

**OCTAVO.-** En cuanto a la sanción a imponer, el artículo 10 LDC establece la posibilidad de castigar las infracciones al artículo 6 con multas de hasta 150.000.000 de pesetas, que actualmente hay que entender referidas a su equivalencia en euros, que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la resolución del Tribunal.

En el presente caso, para graduar la sanción ha de tenerse en cuenta, como punto de partida, la gravedad de la infracción y, en este sentido, ha de reputarse grave la conducta de producir un cierre del mercado mediante el abuso de una posición de dominio. De la misma manera, son circunstancias a tener en cuenta la cuota de mercado de la imputada, que es del noventa por ciento en la provincia de Las Palmas y su volumen de negocios, con una facturación anual de 132,22 millones de euros, según estimaciones de la propia imputada. La sanción debe moderarse equitativamente tomando en consideración la actuación de la imputada, tanto solicitando dictámenes

previos a la aprobación de sus Estatutos, como a través de la colaboración prestada en todo momento a la Administración durante la tramitación del expediente.

Por todo ello, el Tribunal de Defensa de la Competencia

## **HA RESUELTO**

**PRIMERO.-** Declarar que la Cooperativa Farmacéutica Canaria (COFARCA) ha incurrido en una infracción prevista por el artículo 6.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, al abusar de su posición de dominio mediante las obligaciones impuestas a sus asociados por el artículo 11.2.d) de sus Estatutos.

**SEGUNDO.-** Imponer a la Cooperativa Farmacéutica Canaria (COFARCA) una multa de cincuenta mil euros.

**TERCERO.-** Intimar a COFARCA para que cese en la práctica sancionada y se abstenga de realizarla en el futuro.

**CUARTO.-** Ordenar a COFARCA la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos de los diarios de información general de mayor difusión en la provincia de Las Palmas. En caso de retraso en la publicación se le impondrá una multa coercitiva de 500 euros por cada día de demora.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.