

## **RESOLUCIÓN (Expte. A 211/97 Cofas)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Fernández López, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 5 de mayo de 1997

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, en su reunión del día 15 de abril de 1997, y siendo ponente D. Jesús Rubí Navarrete, con la composición expresada al margen ha dictado la presente Resolución, en el Expediente A 211/97 (nº 1506/97 del Servicio de Defensa de la Competencia: el Servicio, SDC) de solicitud de autorización singular formulada por la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop. (COFAS), para un acuerdo de la Asamblea General por el que se establece una obligación estatutaria de compra mínima en la Cooperativa, y para un acuerdo del Consejo Rector estableciendo un sistema de descuentos por fidelidad en favor de los socios cooperativistas.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 20 de enero de 1997 COFAS presentó ante el Servicio una solicitud de declaración negativa de infracción del artículo 1 LDC y, en su defecto y subsidiariamente, una solicitud de autorización singular para el acuerdo de compra mínima en la cooperativa adoptado por su Asamblea General, y para un acuerdo que establecía un sistema de descuentos por fidelidad para los cooperativistas, aprobado por su Consejo Rector.
2. El primero de ellos consiste en una modificación del artículo 9 de los Estatutos que pasan a tener la siguiente redacción:

*"- c) la participación en las actividades y servicios cooperativizados es obligatoria. El socio para tener todos los derechos económicos y sociales -sin perjuicio de que los mismos sean ejercidos por cada socio particular en proporción a sus compras a la Cooperativa- deberá adquirir en la Cooperativa una cantidad nunca inferior al*

*35% de su potencial de compra total en cada ejercicio, módulo éste que se fijará para cada socio anualmente con datos fehacientes, si bien trimestralmente se podrá revisar la categoría en aquellos casos particulares cuando exista causa justificada que motive dicha revisión. Por acuerdo válidamente adoptado por la Asamblea General o por el consejo Rector podrá modificarse este porcentaje."*

3. El segundo implica que, junto a las condiciones económicas generales a que tienen acceso todos los socios que cumplan la obligación de compra mínima establecida en el artículo 9 anteriormente citado (35% de su potencial de compra), se establece un sistema de ventajas adicionales diferentes para aquellos socios que, siempre según el volumen relativo de adquisiciones sobre su capacidad de compra total anual, comprometan un determinado porcentaje de las mismas de acuerdo con los tramos fijados por COFAS, con las siguientes posibilidades:
- Tramo A). Cooperativistas que destinen a la Cooperativa más del 90% de su potencial de compra. Tendrán derecho a tres reposiciones al mes y ofertas especiales ilimitadas; "dos dentro de hora diarios" y descuento trimestral de 0,75% sobre toda la facturación o pedido de reposición a 100 días sin cargo financiero.
  
  - Tramo B). Cooperativistas que destinen entre el 75 y el 90% de su potencial de compra. Tres reposiciones al mes y ofertas especiales ilimitadas; "dos dentro de hora diarios".
  
  - Tramo C). Aquellos cooperativistas que destinen entre el 35 y el 75% de su potencial de compra, quedan como estaban hasta la fecha con "un dentro de hora diario" y tres reposiciones al mes y en las ofertas especiales pueden pedir proporcionalmente a sus compras en la Cooperativa.
  
  - Tramo D). Incluye aquellos socios cuyas compras a la cooperativa estén por debajo del 35% de su potencial de compra tendrán acceso a la escala y a las bonificaciones, es decir, a las condiciones ordinarias pero no a los descuentos por dentro de hora ni de reposición ni descuentos especiales. Asimismo estos socios ven limitado el acceso a determinados servicios que presta la Cooperativa y sus devoluciones irán penalizadas con un 15%.

En Cantabria para la incorporación al tramo C) se sustituyó el compromiso de compra del 35% por la cifra de 500.000 ptas., con el fin de flexibilizar el acceso al mismo y para impulsar los servicios de COFAS en esta provincia.

4. El Servicio, por Providencia de 24 de enero de 1997 manifestó que, a su juicio, se trataba de acuerdos tipificados en el artículo 1 LDC y, como tal, prohibidos por el mismo, afirmando que la solicitud no reunía los requisitos previstos en el artículo 4 del Real Decreto 157/1992 y requiriendo, para llevar a cabo la admisión a trámite de la solicitud, la remisión de documentación complementaria.
5. Por Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 11 de febrero de 1997, se acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación de expediente.
6. El 19 de febrero de 1997 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la nota extracto prevista en el artículo 38.3 LDC a efectos del trámite de información pública, sin que como consecuencia del mismo se hayan producido comparecencias o alegaciones de terceros.
7. En la misma fecha se solicitó al Instituto Nacional del Consumo el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios previsto en el artículo 38.4 LDC, sin que hasta la fecha se haya recibido respuesta a esta petición.
8. El 18 de febrero de 1997 el Centro Farmacéutico Asturiano S.A. (CEFASA) solicitó su personación en el expediente y el reconocimiento de la condición de interesado, que le fue admitida por diligencia de 19 del mismo mes.

También solicitó la incorporación al expediente de la denuncia que había presentado el 20 de enero de 1997 contra COFAS por abuso de posición de dominio y competencia desleal, la cual fue acordada por Providencia de 24 de febrero.

9. Formuladas alegaciones por CEFASA y COFAS, e interesada por el Servicio información adicional, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia elevó Informe al Tribunal el 14 de marzo de 1997.

Según el Informe del Servicio, COFAS actúa principalmente en Asturias y Cantabria. En ambas provincias, de acuerdo con la información aportada, el número total de oficinas de farmacia asciende a 660; de las que 230 se ubican en Cantabria y 430 en Asturias. De ellas, 100 en Cantabria son cooperativistas de COFAS, es decir, el 45%. De las 430 en Asturias, 423 son cooperativistas de COFAS es decir el 99%. En relación con el volumen total de negocio de distribución mayorista de productos a oficinas de farmacia, del total de dicho volumen, 30.000 M. de pesetas, entre 9-10.000 M. corresponde a Cantabria y 20-21.000 M. corresponden a Asturias y, de

ellos, el volumen de ventas de COFAS en 1996 supone 15.159 M. de pesetas en Asturias (aproximadamente un 72% del total de negocio en dicha Comunidad) y 1.141 M. de pesetas en Cantabria (aproximadamente un 11%).

A juicio del Servicio, COFAS cuenta con la casi totalidad del potencial de compra de los productos vendidos en farmacia en Asturias, puesto que el número de cooperativistas supone el 99% del total de oficinas de farmacia. Respecto al volumen de negocio, suministra el 72% del total de ventas de la citada Comunidad, por lo que goza de una clara posición de dominio como suministrador de farmacias en Asturias. Destacan también las características especiales del mercado de distribución de productos farmacéuticos, en el que la utilización de la logística de la respuesta rápida da lugar a la captación de la demanda en un tiempo lo más cercano posible al tiempo real y lo más próximo posible al consumidor final.

El Servicio formula, como observación común y previa a ambos acuerdos que implican la puesta en conocimiento de COFAS de una información estratégica (volumen de ventas previsto), así como la estrategia comercial a seguir; puesta en común que, sin suponer una mayor eficiencia para el mercado, puede implicar el riesgo de conductas concertadas. Asimismo entiende el Servicio que las reducciones de coste derivadas de las economías de escala y la reducción de incertidumbres de futuro pueden combatirse a través del compromiso de los cooperativistas de adquirir un determinado volumen de compras, con independencia del porcentaje que el mismo suponga sobre el total de compra.

El Servicio no objeta la modificación del artículo 9 de los Estatutos (obligación de compra mínima) excepto en lo relativo a la obligación de los cooperativistas de informar sobre su volumen de ventas total previsto para el futuro.

En cuanto al sistema de descuentos por fidelidad, el servicio estima que va a suponer -y ese es el efecto buscado por COFAS- un incremento mayor en el porcentaje de ventas a las oficinas de farmacia socios de la cooperativa, y que, un seguimiento generalizado del tramo A implicaría el cierre del mercado. Si se produjera la expulsión del mercado de los demás mayoristas, quedaría excluida la competencia en una parte sustancial del mercado.

Por ello, estima que el sistema de descuento por fidelización no es autorizable si no se sustituye por un compromiso de compras en volumen, no ligado al porcentaje sobre las compras totales realizadas por la oficina de farmacia.

10. El Tribunal, en los términos previstos en el artículo 7 del Real Decreto 157/1992, admitió a trámite el expediente por Providencia de 19 de marzo de 1997.
11. El Tribunal acordó el 8 de abril de 1997 la celebración de audiencias preliminares con COFAS y CEFASA previstas en el artículo 11 del Real Decreto antes citado, con el fin de aclarar diversos extremos y, en particular, confirmar la puesta en práctica de los acuerdos, las cuales tuvieron lugar el 14 de abril del mismo año.
12. Son interesadas:
  - Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop. (COFAS)
  - Centro Farmacéutico Asturiano S.A. (CEFASA)

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. La primera cuestión que se suscita es la relativa a la solicitud de COFAS de declaración negativa de infracción del artículo 1 LDC. Al formularla desconoce el criterio del Tribunal expuesto en la Resolución de 30 de diciembre de 1993 (Expte. 327/93) de que, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento comunitario, la legislación española no prevé la posibilidad de solicitar certificaciones negativas, criterio que, acertadamente, manifestó el Servicio a los cuatro días de presentación de la solicitud. Cuando haya dudas sobre la afectación de un acuerdo por el art. 1 LDC, hay que acudir a la autorización singular del art. 4 LDC.

En consecuencia, COFAS, ante la duda sobre si los acuerdos adoptados constituyen una práctica prohibida, tendrá que optar entre llevarla a cabo y correr el riesgo de que se inicie un expediente sancionador que pueda concluir en la imposición de sanciones, o solicitar autorización con carácter previo a su puesta en práctica.

2. Cuando el Servicio tiene conocimiento de unos acuerdos que constituyen presuntamente una práctica prohibida por la LDC que han sido objeto de una solicitud de autorización singular relativa a una conducta que ha sido puesta en práctica y, casi simultáneamente, de una denuncia de parte, se plantea el problema de decidir cuál es el procedimiento que debe seguirse, ya que debe partirse del principio de que los mismos hechos no deben ser objeto de dos procedimientos distintos. (Resolución Expte. A 51/93 de 14 de julio de 1993).

A este respecto, el Real Decreto 157/1992 sólo contempla expresamente la acumulación de la solicitud de autorización al procedimiento sancionador cuando éste último ya estuviera iniciado. (Art. 18).

Ante la ausencia de previsión normativa expresa es preciso considerar cuál de los dos procedimientos resulta adecuado para satisfacer el interés público de defender la competencia, garantizando los derechos de los interesados.

3. En el procedimiento de autorización singular, los artículos 5 y 6 del Real Decreto 157/1992 limitan la actuación del Servicio que, en el reducido plazo de 1 mes, debe publicar una nota sucinta para que cualquiera pueda aportar información, realizar las indagaciones que considere necesarias, solicitar el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios, oír a los interesados y calificar la solicitud, remitiéndola al Tribunal.

Por el contrario, el procedimiento regulado en los artículos 36 y siguientes de la LDC permite al Servicio practicar una información reservada previa a la incoación del expediente o al archivo de las actuaciones. (Art. 36).

Asimismo exige que se practiquen, sin la limitación temporal que rige en el procedimiento de autorización singular, todos los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos. (Art. 37).

Muy especialmente la LDC prevé que, iniciado el expediente, puedan proponerse al Tribunal las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la Resolución que en su momento se dicte. (Art. 45). De este modo, la Ley, mediante la protección cautelar, garantiza la protección del interés público, permitiendo evitar daños irreversibles a la competencia, circunstancia que no tiene parangón en el procedimiento de autorización singular, cuando la conducta para la que se solicita aquella se ha llevado previamente a la práctica.

4. En cuanto a la intervención de los interesados, el Real Decreto 157/1992 se limita a prever que sean oídos por el Servicio. (Art. 5).

Contrastando con tan limitada intervención, el artículo 37 de la Ley permite la proposición de prueba, su valoración, la formulación de alegaciones en cualquier momento del procedimiento, y la solicitud al Servicio para la proposición de medidas cautelares.

5. En consecuencia, debe concluirse que, cuando el Servicio tiene conocimiento de que una conducta presuntamente restrictiva de la competencia se está aplicando en la práctica, máxime si ha sido objeto de

denuncia, el procedimiento previsto en los artículos 36 y siguientes y concordantes de la LDC resulta más adecuado que el propio de las autorizaciones singulares para el esclarecimiento de los hechos, la protección del interés público y la garantía de los derechos de los interesados.

6. A la misma conclusión se llega si se analiza la cuestión desde la perspectiva de la posición procesal del presunto infractor. En efecto, de admitirse que no debe iniciarse el procedimiento contemplado en el artículo 36 LDC y afirmarse que debe prevalecer la tramitación de la solicitud de autorización, se haría de mejor condición al presunto infractor que, por el mero hecho de solicitarla, impediría la iniciación del procedimiento y la posibilidad de que pudieran adoptarse las medidas cautelares que, en su caso, puedan resultar necesarias para garantizar la eficacia de la resolución final y proteger el interés público. Entretanto, la conducta presuntamente prohibida estaría produciendo efectos en el mercado que podrían llegar a ser irreparables. Incluso, transcurridos tres meses desde la presentación de la solicitud, podría alegarse que la conducta puesta previamente en práctica goza de los beneficios de la aplicación provisional contemplados en los artículos 4.4 de la Ley 16/1989 y 16 del Real Decreto 157/1992 y concordantes de ambas normas.

Los efectos de tal interpretación son, evidentemente, contrarios a la finalidad de la LDC.

7. En el presente caso la documentación presentada por COFAS acompañando a la solicitud de autorización pone de manifiesto que la puesta en práctica del sistema de descuentos por fidelidad ha tenido lugar desde el 1 de enero de 1997, ya que las cartas circulares remitidas a los socios e incorporadas como anexos así lo contemplan expresamente (folios 58, 60, 63, 64, 65 y 68).

Además, el Servicio, en su escrito de subsanación por el que solicitaba a COFASA documentación complementaria con carácter previo a la admisión a trámite (folio 77), estimó que de la información obrante en la solicitud se desprendía que se trataba de acuerdos tipificados por el artículo 1 de la LDC y, como tales, prohibidos por la misma.

Por ello, el Servicio, ante la presentación de la solicitud de autorización de una conducta puesta en práctica y teniendo presente la denuncia de CEFASA, debió iniciar el procedimiento sancionador, acumulando al mismo la solicitud de autorización. (Art. 18 del Real Decreto 157/1992).

8. Recibido el expediente en el Tribunal, se procedió a su admisión a trámite mediante Providencia de fecha 19 de marzo de 1997. Sin embargo, como

se desprende del artículo 7 del Real Decreto 157/1992, la admisión a trámite tiene un carácter formal y limitado, al circunscribirse a la comprobación sobre si se han aportado los antecedentes acreditativos del cumplimiento de los trámites establecidos en los artículos anteriores del Real Decreto citado. Este carácter formal de la admisión a trámite se confirma por el propio artículo 7 del Real Decreto 157/1992, que atribuye la Resolución sobre la misma al Presidente, a propuesta del Secretario; a diferencia de lo que sucede en los expedientes sancionadores en los que el artículo 39 LDC exige un acuerdo del Pleno atendiendo a si se han aportado o no los antecedentes necesarios.

Por tanto, la admisión a trámite en el expediente de autorización no prejuzga ni condiciona los pronunciamientos que posteriormente pueda adoptar el Tribunal.

Nombrado Vocal Ponente, la primera decisión adoptada fue la de celebrar, con carácter previo, audiencias preliminares con COFAS y CEFASA, a fin de aclarar diversas cuestiones relacionadas con el expediente y, en particular, confirmar que se había procedido a la puesta en práctica de la conducta. Esta cuestión fue aclarada por COFAS en el sentido de que el sistema de descuentos por fidelidad se estaba aplicando desde el 1 de enero de 1997, antes, incluso, de presentar la solicitud de autorización.

9. La documentación que obra en el expediente remitido pone de manifiesto que los acuerdos adoptados por COFAS, para los que se solicita autorización singular, son decisiones de una agrupación de empresas (farmacéuticos) que opera en el mercado como una central de compras.

El TDC ha manifestado su criterio en la Resolución de 6 de septiembre de 1995 (Expte. 345/94) "... los acuerdos de compra en común han sido considerados por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo (véanse, entre otras, las Sentencias de 27 de junio de 1974 y de 15 de diciembre de 1994) como no restrictivos de la competencia por ser un eficaz factor de competencia frente al poder contractual de los proveedores, siempre que no incorporen cláusulas anticompetitivas y se demuestre que las empresas que se concertan no tienen poder de mercado...". En términos similares la Resolución de 11 de diciembre de 1995 (Expte. 354/94), tras afirmar la necesidad de realizar un balance concurrencial sobre los efectos para la competencia en el mercado entre las disminuciones de la competencia "intracadena" y el aumento de la competencia entre "cadenas", señala que "pueden ocurrir casos particulares en los que el objeto (o los efectos) sean claramente anticompetitivos, como podría ser en situaciones de posición de dominio de la "cadena" o cuando tenga por objeto, directamente, como señala el artículo 1, una actuación restrictiva de la competencia".

En el presente expediente, el Informe del Servicio (folios 447 y siguientes) objeta el sistema de descuentos por fidelidad afirmando que podría producir la expulsión del mercado de otros mayoristas ya que "en la actualidad y sin contar con dichos descuentos de fidelidad, COFAS tiene en el mercado asturiano un 72% del volumen total de suministros a oficinas de farmacia", siendo el 99% de las mismas cooperativistas de COFAS.

CEFASA, considerada por el Servicio interesada en el expediente, solicitó la incorporación al expediente de autorización de la denuncia presentada ante el Servicio con fecha 20 de enero de 1997 (folio 322) -la misma en que se presentó la solicitud de autorización- (folio 313), en la que se imputaba a COFAS la condición de operador en posición de dominio, así como el abuso de la misma (folios 322 y siguientes), solicitando, además, la adopción de medidas cautelares (folio 314). La imputación de abuso de posición de dominio fue reiterada por CEFASA en sus alegaciones de 5 de marzo de 1997 (folios 397 y siguientes).

COFAS delimita el mercado relevante con criterios que, a su juicio, permiten negar la posición de dominio y el abuso de la misma (folios 344 y siguientes, y 421 y siguientes).

Resulta, por tanto, evidente que el pronunciamiento del Tribunal en el caso de una central de compras exige el análisis de la estructura del mercado y de la posición de las empresas en el mismo para saber si tienen poder de mercado.

Para llevar a cabo este análisis resulta más adecuado el procedimiento previsto en los artículos 36 y siguientes de la LDC, máxime si, habiéndose puesto en práctica la conducta puede ser necesario un pronunciamiento cautelar.

Este análisis puede ser llevado a cabo con toda profundidad en el marco del procedimiento previsto en los artículos 36 y siguientes de la LDC. Asimismo, en dicho procedimiento es posible el pronunciamiento del Servicio sobre las medidas cautelares solicitadas, e imposible en el ámbito de un expediente de autorización singular.

10. El artículo 10.4 LDC, refiriéndose a las conductas realizadas, es decir, puestas en práctica, en el período comprendido entre la presentación de la solicitud de autorización y la decisión sobre la misma, prevé la no imposición de multas por infracción del artículo 1 LDC. Sin embargo, añade que ello no será de aplicación cuando el Tribunal, tras un examen provisional de la solicitud, hubiese adoptado una decisión oponiéndose a la ejecución de los actos que constituyen su objeto.

Por tanto, la LDC prevé expresamente la posibilidad de un pronunciamiento del Tribunal oponiéndose a la ejecución de los actos de aplicación de las conductas para las que se solicitó autorización que han sido puestas en práctica ("realizadas").

Este pronunciamiento debe ser anterior a la Resolución definitiva pues, de admitirse lo contrario, la literalidad del precepto carecería de sentido. Basta con que se haya realizado un examen provisional de la solicitud.

Realizado dicho examen y teniendo en cuenta el Informe del Servicio, el Tribunal considera que el sistema de descuentos por fidelidad es inicialmente una conducta contraria al artículo 1 LDC que, al haberse puesto en práctica puede producir efectos contrarios a la libre competencia, al menos en el mercado asturiano de distribución de productos farmacéuticos, por lo que se opone a la ejecución de los actos de aplicación del acuerdo cuya autorización se solicita.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal

### **HA ACORDADO**

1. Suspender provisionalmente ejecución de los actos de aplicación del sistema de descuentos por fidelidad, hasta la resolución del expediente principal.
2. Devolver al Servicio de Defensa de la Competencia el expediente de solicitud de autorización singular formulada por la Cooperativa Farmacéutica Asturiana.
3. Ordenar al Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de expediente sancionador en relación con los acuerdos adoptados por la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, a fin de que pueda proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Real Decreto 157/1992, incorporando las actuaciones practicadas.

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