

Roj: SAN 3463/2003
Id Cendoj: 28079230062003100396
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 497/2001
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: MARGARITA ROBLES FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a diez de diciembre de dos mil tres.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº 6/497/01, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador D. JAIME BRIONES MÉNDEZ, en nombre y representación de COOPERATIVA FARMACÉUTICA ASTURIANA, S. COOP. (COFAS), frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Letrado del Estado, contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de Marzo de 2001, denegando autorización modificación de los Estatutos Sociales, (que después se describirá en el primer fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a MARGARITA ROBLES FERNÁNDEZ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 28 de Abril de 2001, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de 17 de Mayo de 2001, con publicación en el B.O.E. del anuncio prevenido por la Ley y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 23 de Noviembre de 2002, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 10 de Marzo de 2003, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 14 de Marzo de 2003, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, admitiéndose por esta Sala la Documental practicada, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron en sendos escritos, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 9 de Diciembre de 2003, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones

legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de Marzo de 2001, en que se acuerda:

"Primero.- No autorizar la modificación de los Estatutos Sociales de la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop. consistente en elevar la obligación de compra mínima desde el 35% al 50% de las posibilidades totales de compra de los socios en cada ejercicio.

Segundo.- Intimar a la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop. para que, en el caso de que hubiera procedido a la aplicación provisional del acuerdo notificado, cese en la exigencia a sus socios de una compra mínima del 50% a partir de la notificación de la presente Resolución.

Tercero.- Intimar a la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop. para que, en el caso de que hubiera procedido a la aplicación provisional del acuerdo notificado, proceda, en el término de tres meses a partir de la notificación de la presente Resolución, a restablecer la exigencia estatutaria de compra mínima a un nivel que no supere el 35% anteriormente establecido, previniéndole de que si desobedece esta intimaciones incurrirá en las sanciones previstas en el Art. 10 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Cuarto.- Ordenar a la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop. que, en el término de un mes a partir de la notificación de la presente Resolución, traslade copia de la misma a todos sus socios.

Quinto.- Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia de lo dispuesto en esta Resolución y la inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia de la propuesta de acuerdo de modificación estatutaria notificada en los folios 4 y 5 del expediente del Servicio.

Sexto.- La justificación de lo ordenado en esta Resolución se hará ante el Servicio de Defensa de la Competencia."

El T.D.C. deniega la autorización solicitada argumentando que:

"El acuerdo por el que COFAS establece en sus Estatutos el aumento desde el 35% al 50% de la compra mínima obligatoria supone consolidar, desde una posición dominante, 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 van más estrechamente vinculados al mismo suministrador.

Se trata, pues, de un acuerdo restrictivo de la competencia que, para ser autorizado, debería satisfacer las tres condiciones que se enumeran en el artículo 3.1. LDC. Para el Tribunal resulta evidente que el acuerdo en cuestión no satisface las condiciones b) y c) del mencionado artículo.

No se satisface el apartado b) del artículo 3.1 LDC porque la elevación al 50% de la obligación mínima de compra impone a las empresas interesadas restricciones no indispensables para asegurar el fin social de la cooperativa de compras mediante reducciones de coste derivadas de economías de escala. Por una parte, la cuota de mercado alcanzada por COFAS está permitiendo ya reducciones considerables en los costes y, por otras, el plan de expansión de esta cooperativa en otras provincias señala alternativas legítimas para incrementar aún más las referidas economías de escala mediante ventas a nuevos clientes, incluso no socios de cooperativa (folio 144 expediente TDC). No resulta, entonces, indispensable forzar a los cooperativistas del mercado asturiano a mayores adquisiciones de la empresa que ya domina este mercado.

Tampoco se cumple la condición requerida por el apartado c) del artículo 3.1. LDC porque el acuerdo consiente a las empresas partícipes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los servicios contemplados en el acuerdo. En efecto, el acuerdo permite reservar a COFAS el 50% del mercado asturiano de productos farmacéuticos y parafarmacéuticos."

SEGUNDO.- La actora en su demanda considera que la Resolución impugnada omite un aspecto esencial, cual es que el establecimiento de la obligación de compra mínima de COFAS, cuyo porcentaje se preveía aumentar, había sido declarado previamente compatible con las normas de competencia por parte

del TDC, en su resolución de 1 de Septiembre de 2000, por lo que no requería autorización, considerando por tanto que si se pidió autorización para elevar el 35% al 50% la obligación de compra mínima fue por un criterio de prudencia que no implica reconocimiento implícito de incompatibilidad del incremento con las disposiciones de la LDC, ya que siempre entendió que no se incurría en la prohibición del Art. 1.1. de la misma, no precisándose autorización, por ello con carácter principal solicitó una declaración negativa para confirmar la compatibilidad del acuerdo con la LDC.

Por ello, solicita que se declare que no hay una posición de dominio de COFAS y la Nulidad consiguiente de la Resolución impugnada, entendiendo que en el supuesto de que se considerase que el acuerdo conllevaba alguna restricción de la competencia, estaría amparado por la autorización "ex lege" del Art. 2 de la LDC, estando prevista la posibilidad de establecer obligaciones de compra mínima en el marco de cooperativas de compra por el Art. 15 de la Ley 27/99 de Cooperativas. Niega además que la obligación de compra mínima constituya una "práctica de fidelización forzosa", siendo así que el incumplimiento de la obligación de compra mínima, no lleva aparejada ninguna sanción y no es equiparable a una prohibición de compra de más del 50% a otros proveedores mayoristas. Considera también que la obligación de compra mínima respeta el principio de proporcionalidad.

Aduce igualmente falta de motivación de la Resolución impugnada y error en la determinación del mercado geográfico relevante, pues no sólo actúa en Asturias, sino también en Cantabria y en menor medida en Lugo, León y Palencia.

TERCERO.- COFAS, es ciertamente una sociedad cooperativa formada por farmacéuticos titulares de oficinas de farmacia, cuya actividad principal es la adquisición y distribución para uso exclusivo de los socios de especialidades farmacéuticas, productos químicos y farmacéuticos y cuantos otros se relacionen con el ejercicio de la profesión farmacéutica.

COFAS solicita autorización singular para el acuerdo de su Asamblea General que modifica el artículo 9.B de sus Estatutos Sociales elevando la cantidad mínima que los socios deben adquirir de COFAS desde el 35% al 50% de sus posibilidades totales de compra en cada ejercicio. El socio cooperativo que no cumpla con la obligación mínima de compra no tendrá acceso a ciertos derechos económicos y sociales de la Cooperativa como ofertas especiales, descuentos por pedidos dentro de hora, descuentos en los pedidos de reposición, devoluciones sin cargo o penalización y servicios accesorios (asesoría fiscal gratuita, utilización de apartamentos propiedad de la Cooperativa, seguro de responsabilidad civil gratuito, programas informáticos de farmacia y cursos de laboratorio), tipificándose además el referido incumplimiento en los Estatutos como falta muy grave, como se ha dicho anteriormente.

COFAS solicitó la autorización sólo de forma subsidiaria, ya que considera que el acuerdo de modificación estatutaria estaba autorizado por el artículo 2 LDC al resultar de la aplicación del artículo 15 de la Ley 27/1999, de Cooperativas, que establece como obligación de los socios el participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la cooperativa para el cumplimiento de su fin social en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus Estatutos. El TDC en su Resolución, desestimó dicha alegación con base en su Resolución de 16 de Enero de 1.995, que señalaba: "esta previsión legal no puede dar lugar sin más al juego del Artículo 2.1. LDC que declara inaplicables las prohibiciones de sus artículo 1, cuando las conductas en él descritas resulten de la aplicación de una Ley o un Reglamento de aplicación de la Ley; por el contrario, el artículo 2 hay que entenderlo de aplicación cuando la Ley o Reglamento a que se refiere está regulando expresamente el funcionamiento de un mercado determinado en el que se permite la restricción o impedimento de la competencia en atención a otros intereses generales protegidos por esas normas y en las circunstancias y con los requisitos que en las mismas se determinen. Lo contrario supondrá admitir que cualquier pacto acogido a una de las múltiples figuras contractuales previstas en nuestro ordenamiento jurídico o a cualquiera que los intervinientes pudiesen establecer al amparo del principio general de libertad consagrado en el art. 1255 del Código Civil estará amparado por la excepción".

Respecto a la posición de dominio y al mercado geográfico relevante el TDC se fija en que en su Resolución de 1 de Septiembre de 2000 el TDC ya ha establecido tanto la delimitación geográfica del mercado relevante como la posición de dominio de COFAS en el mismo y se reitera en su argumentación que señalaba "...teniendo en cuenta la naturaleza y regulación de los productos objeto de la distribución, las considerables diferencias de cuotas de mercado y de condiciones de venta de los territorios vecinos, el Tribunal considera que hay que distinguir un mercado asturiano de distribución al por mayor de especialidades y productos farmacéuticos con una condiciones suficientemente homogéneas, diferenciado de los mercados limítrofes y, en particular, de Cantabria, lo cual no implica que puedan existir ciertos "desbordamientos" a localidades de las provincias vecinas, pero sin que ello afecte ni cambie la esencia de

planteamiento."

"...es evidente la posición de dominio de COFAS en el mercado asturiano de distribución de especialidades y productos farmacéuticos dado que, como se ha señalado anteriormente, no sólo tiene una cuota de mercado de en torno al 70%, sino que la practica totalidad (más del 98%) de las OF son socias de COFAS y, al tratarse de una cooperativa de farmacéuticos, existe una fuerte vinculación entre COFAS y sus socios, muy superior a la relación normal suministrador-cliente".

No acepta que el mercado relevante geográfico sea como mínimo, Asturias y Cantabria, y no sólo Asturias, aduciendo "que no puede definirse el mercado relevante en función del área en que COFAS puede actuar eficientemente, pues resulta de constante aplicación, tanto en expedientes relativos a conductas anticompetitivas como en expedientes de concentración de empresas, la doctrina establecida ya desde el asunto United Brands (1976) y definida con mayor precisión en el artículo 9.7 del Reglamento CEE 4064/89 sobre el Control de Operaciones de Concentración de Empresas y en la Comunicación y en la Comunicación 97 C 372/03. Según estos textos, el mercado geográfico de referencia está constituido por un territorio en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y puede distinguirse de los territorios vecinos por diferencias notables de tales condiciones, entre las que hay que tener en cuenta, desde el lado de la oferta, las que se derivan de diferencias considerables de las cuotas de mercado de las empresas".

CUARTO.- De lo hasta aquí expuesto y sin perjuicio de lo que se dirá en cuanto al fondo de la cuestión debatida, debe rechazarse categóricamente, que la Resolución impugnada, no resulte motivada, pues el TDC se remite a la Resolución de 1 de Septiembre de 2000, donde se daba respuesta a las consideraciones iguales a las que hoy realiza el actor sobre la determinación del mercado relevante y la posición de dominio.

Debe asumirse además, la precisión que efectúa el Abogado del Estado, cuando señala que no existe ninguna resolución del TDC que haya autorizado la previsión estatutaria sobre compra mínima a la Cooperativa por parte de sus socios y que se refería al 35% del potencial anual total de compra de cada socio, ya que efectivamente la resolución del TDC de 1 de Septiembre de 2000 se ciñe a la sanción, como abuso de posición de dominio, de otra de las previsiones estatutarias que en 1.997 se adoptaron por la Asamblea General de la recurrente, que era la relativa a los descuentos por fidelidad, sin decir nada sobre la previsión estatutaria relativa al volumen de compra mínima a la Cooperativa por parte de sus socios, siendo además y en todo caso absolutamente obvio que la obligación de compra mínima establecida en 1.997 era de un 35% del potencial anual de compra de cada socio, mientras que la obligación se incrementa a un 50% de ese potencial en el año 2000.

QUINTO.- La Sala asume la aseveración de que no cabe aceptar que el art. 15.2.b) de la Ley de Cooperativas, más arriba citado, comporte que haya quedado autorizada por Ley, con el alcance del art. 2 LDC, cualquier tipo de restricción de la competencia derivada de una previsión estatutaria que pudiera encajar en el art. 15.2.b) referido, pues, como muy bien argumenta la Abogacía del Estado, una cosa es que los empresarios puedan colaborar y asociarse a través de distintos cauces y fórmulas que el Derecho pone a su disposición, y otra que esa colaboración pueda llegar a implicar, por su concreto objeto o por sus concretos efectos, una restricción indebida de la competencia, prohibida por el art. 1 de la LDC.

No caben, pues, hacer consideraciones abstractas, sino que habrá de examinarse con precisión cada caso concreto, siendo así, que en el caso de autos y con independencia, de que según certificación aportada por la propia actora el 75% de los socios de la Cooperativa ya le compraran el 50% de su potencial anual de compra, no se han justificado las razones de la necesidad del incremento en un 15% desde el año 2000, para el adecuado cumplimiento de sus fines por la actora en cuanto tal Cooperativa a los efectos de negociar frente a los productores vendedores y esa ausencia probatoria, no permite concluir esa necesidad para el cumplimiento de los fines e impide que se pueda estar en el caso de autos al tenor del art. 15.2.b) de la Ley de Cooperativas, en relación con el art. 2 de la LDC.

SEXTO.- El TDC parte de las características propias y peculiaridades del mercado de distribución mayorista de especialidades y productos farmacéuticos para la determinación del mercado relevante y en particular se fija en la ubicación de los almacenes mayoristas de distribución de especialidades y productos farmacéuticos a las oficinas de farmacia y la necesidad de urgencia en el suministro de determinados productos, que hacen de capital importancia para definir el mercado geográfico relevante la ubicación de los almacenes, circunstancia que no se desvirtúa por la facilidad actual de las comunicaciones, pues la actora reconoce que desde sus almacenes situados en Pruvia (Asturias), se pueden tardar tres horas en la entrega de pedidos situados en un radio de 200 Km. en Cantabria.

Asume esta Sala las consideraciones del Abogado del Estado, cuando dice que no queda desvirtuado el que mientras en Asturias la recurrente distribuye con una frecuencia que le permite ser el distribuidor principal de las oficinas de farmacia prácticamente en todo el territorio asturiano, en Cantabria mantiene un único reparto diario, lo que lleva al SDC y al TDC a calificarlo como distribuidor secundario en Cantabria. La escasa implantación en otras provincias a las que alude la actora, hace que no deba dársele ninguna relevancia a los efectos que nos ocupan, sin olvidar que la actora tiene una cuota de mercado de un 72% del volumen total del mercado considerado en Asturias, mientras que tiene tan sólo una cuota de mercado de aproximadamente un 11% en Cantabria.

Efectivamente el mercado geográfico de referencia comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas, y es lo cierto que las condiciones de competencia en Asturias y en Cantabria y más aún en otras provincias limítrofes, no son en absoluto homogéneas.

SÉPTIMO.- La actora considera que la cuota de mercado de una empresa no sería relevante para determinar su posición de dominio en el mismo.

Sin embargo, y con base en los múltiples pronunciamientos del T.J.C.E., algunos de los cuales aparecen recogidos por el Abogado del Estado en su contestación en la demanda y a cuya cita nos remitimos, ello no puede aceptarse y las cuotas de mercado son claramente representativas de una posición dominante, salvo que haya circunstancias concretas que lo desvirtúen.

En el caso de autos, debe ciertamente tenerse por acreditado, ya que no existe prueba en contrario, que la actora ostenta aproximadamente un 70% del volumen de ventas en el mercado considerado, que es el mercado asturiano, en función de la argumentación que antes se ha expuesto. Presenta además un potencial de compra importantísimo, puesto que pertenecen a la cooperativa recurrente más de un 90% de las oficinas de farmacia radicadas en el mercado relevante, siendo así que por los Estatutos de la cooperativa las oficinas de farmacia se obligan a comprar a dicha cooperativa mayorista, y además su principal competidora en el mercado considerado, CEFASA, tiene una cuota de mercado aproximadamente entre un 20 y un 30% del mercado relevante. La instalación por COFARES de un almacén en la región no desvirtúa tales datos, como no los desvirtúa el que la actora se haya integrado en la multinacional ALLIANCE UNICHEM, pues el mero hecho de que tales circunstancias se hayan producido, si no se acredita la efectiva incidencia en el mercado, no afecta a lo aquí debatido.

OCTAVO.- La actora dice que ha pedido la autorización, pese a que no la estima necesaria, por razones de prudencia, sin embargo porque la conducta de autos incurre en la prohibición del art. 1 de la LDC, es por lo que pese a lo que argumentan, han acudido a los trámites de solicitud de autorización singular previstos en el art. 3 de la misma, y es lo cierto que la denegación de la autorización por el TDC resulta procedente por cuanto no se ha acreditado que el acuerdo de autos suponga un beneficio para los consumidores, que obviamente no tiene que coincidir con el beneficio de la actora, pero es que además tampoco se ha acreditado que las restricciones impuestas sean imprescindibles para poder seguir cumpliendo con los fines propios de la Cooperativa recurrente, sino que sin ninguna duda la actora incrementaría su posición de control o dominio del mercado afectado, por tanto deben asumirse las consideraciones que llevan al TDC, a denegar una autorización singular que reiteramos, no puede aceptarse haya sido solicitada por razones de prudencia, sino porque en función de lo argumentado devenía necesaria.

NOVENO.- De conformidad con el Art. 139 de la Ley Jurisdiccional no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. JAIME BRIONES MÉNDEZ en nombre y representación de COOPERATIVA FARMACÉUTICA ASTURIANA, S. COOP. (COFAS) contra Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de Marzo de 2001, por ser la misma ajustada a derecho.

SEGUNDO.- No haber lugar a la imposición de una especial condena en costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.