

RESOLUCIÓN (Expte. 470/99, COFAS)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 1 de septiembre de 2000.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Vocal D. José Hernández Delgado, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 470/99 (1.643/97 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), iniciado contra Cooperativa Farmacéutica Asturiana S. Coop. (en adelante, COFAS) por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistentes esencialmente en el establecimiento de un "Sistema de Descuentos por Fidelidad" para reforzar su posición de dominio en el mercado y el intercambio de información confidencial.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 20 de enero de 1997 COFAS presentó ante el Servicio (Expte. n.º 1506/97) una solicitud de declaración negativa de infracción del art. 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. Con fecha 20 de enero de 1997 -es decir, la misma en que se presentó la solicitud de autorización- el Centro Farmacéutico Asturiano S.A. (en adelante, CEFASA) presentó denuncia ante el Servicio (Expte. 1507/97) en la que alegaba que COFAS tenía la condición de operador en posición de dominio y

le imputaba el abuso de la misma, solicitando, además, la adopción de medidas cautelares. La imputación de abuso de posición de dominio fue reiterada por CEFASA en sus alegaciones de 5 de marzo de 1997.

3. Tramitada la solicitud de autorización singular de COFAS, el Tribunal por Resolución de 5 de mayo de 1997 (Expte. A 211/97, COFAS) resolvió:

- "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 art. 18 del Real Decreto 157/1992, incorporando las actuaciones practicadas."*

4. En cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal en la Resolución antes mencionada, el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó, con fecha 24 de junio de 1997, la incoación de expediente, que quedó registrado con el número 1643/97, lo que se notificó a las partes interesadas.

5. El Servicio, mediante Providencia de 18 de febrero de 1997, paralizó la tramitación de la denuncia de CEFASA contra COFAS (A.H.2) hasta que el TDC resolviese sobre la autorización singular solicitada por COFAS (A.H.1). Esta Providencia fue recurrida ante el Tribunal por CEFASA (Expte. r 206/97 v), estimándose el recurso por Resolución de 30 de abril de 1997, por lo que, por Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 3 de febrero de 1998, se acordó la incoación de expediente sancionador bajo el número 1507/96 (al que previamente se había acumulado el expediente de autorización 1506/97 citado en el A.H.1), acumulándose las actuaciones al expediente 1643/97, abierto, como se ha señalado en el A.H.3, en ejecución de la Resolución del TDC, de 5 de mayo de 1997.

6. A la vista del resultado de la instrucción se formuló con fecha 19 de octubre de 1998 el Pliego de Concreción de Hechos, que a continuación se transcribe: "Antecedentes.

1.- Mercado de distribución mayorista de especialidades y productos farmacéuticos.-

Se trata de un mercado altamente específico con unas características propias que vienen determinadas por la naturaleza del material suministrado; por la obligación de servicio público de garantizar permanentemente una provisión de medicamentos suficientes para responder a las necesidades de los consumidores y porque, en un porcentaje muy alto, el precio de venta al público de los productos viene predeterminado.

a) Características de la demanda.- Las Oficinas de Farmacia (en adelante OF) no disponen por lo general de posibilidades de almacenamiento por lo que, en líneas generales, sus relaciones con los distribuidores mayoristas se caracterizan por:

- Un elevado grado de dependencia entre la OF y el distribuidor.*
- Esa dependencia no se circunscribe a un solo distribuidor, sino que las OF normalmente mantienen varias fuentes de suministro para evitar que se pueda producir una falta en las entregas, lo que da lugar a que exista una viva relación de competencia entre mayoristas.*
- El sistema de pedidos de las OF sigue, por lo general, las siguientes pautas:*

Pedidos de reposición.- Tienen por objeto reponer el stock de las OF; son más espaciados que el resto de los pedidos y con un plazo superior de respuesta; su volumen por lo general suele ser mayor, lo que los hace más atractivos para los distribuidores que por lo general los benefician con mayores descuentos.

Pedidos ordinarios.- Se formalizan a lo largo del día y se atienden mediante sistemas de reparto que van de uno a cinco repartos diarios. Sus costes son bastante más elevados que los de reposición, por su menor volumen y la infraestructura que exigen. El número de repartos viene condicionado por la proximidad al almacén de suministro. Dentro de este tipo de pedidos, algunos distribuidores incentivan los pedidos en un momento concreto, mediante lo que se denomina "descuentos por dentro de hora".

Pedidos urgentes.- Deben atenderse inmediatamente incluso en situaciones de guardia.

Ofertas especiales.- Se trata de promociones especiales que los laboratorios ofrecen directamente a las OF, y que éstas pueden solicitar en las mismas condiciones a cualquiera de los distribuidores mayoristas.

b) Características de la oferta de servicios de distribución farmacéutica.-

El mercado de distribución de productos farmacéuticos se asemeja mucho al denominado sistema "just-in-time", con las características que éste implica, las consecuencias para la estructura de la distribución, junto con unas relaciones verticales más estrechas entre fabricantes, mayoristas y minoristas.

Los distribuidores, para poder prestar un servicio completo, deben contar con la infraestructura de apoyo necesaria, lo que requiere, necesariamente, la existencia de un almacén que constituye el punto de referencia en las relaciones de los distribuidores con las OF a las que abastecen.

Los almacenes tienen un área de cobertura que es aquel espacio geográfico dentro del cual el almacén puede ofrecer sus servicios de distribución a las farmacias situadas en dicha área, garantizando permanentemente la respuesta a las necesidades del territorio que abastecen, como impone el Real Decreto 2259/94, así como la entrega del suministro solicitado a la mayor brevedad.

c) Normativa legal.- Los almacenes farmacéuticos y la distribución al por mayor de medicamentos de uso humano y productos farmacéuticos son objeto de regulación en la Ley 25/90, de 20 de diciembre, del Medicamento, y en el Real Decreto 2259/94, de 25 de noviembre, que regula los almacenes farmacéuticos y la distribución al por mayor de medicamentos de uso humano y productos farmacéuticos.

Este último, al referirse a las Obligaciones del titular de una autorización como almacén farmacéutico señala que los almacenes farmacéuticos tendrán que garantizar permanentemente una provisión de medicamentos suficientes para responder a las necesidades del territorio que abastecen, así como la entrega del suministro solicitado a la mayor brevedad en función del tipo de medicamento del que se trate. Para ello, los almacenes farmacéuticos deberán disponer de unas existencias mínimas conforme establece el art. 79.1.b) de la Ley 25/1990 de 20 de diciembre del Medicamento.

Corresponde a las Comunidades Autónomas elaborar una lista de medicamentos que por las peculiaridades sanitarias de su territorio se consideren necesarios para la adecuada asistencia.

2.- Las partes en el expediente.

2.1.- COFAS es una sociedad cooperativa formada por farmacéuticos, cuyo objeto o actividad 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.

De acuerdo con sus Estatutos, su ámbito territorial es nacional pero, en la actualidad, su implantación más importante está en Asturias, donde en 1.996 tenía una cuota de mercado aproximada del 72% del volumen total de negocio de distribución mayorista; tiene, así mismo, un porcentaje importante en Cantabria, aproximadamente un 11%; y, con carácter muy reducido, tiene socios en León, Valladolid y Galicia, donde no alcanza el 1% de la facturación de las oficinas de farmacia de esas provincias.

2.2.- CEFASA, sociedad anónima domiciliada en Oviedo, con almacenes en Oviedo, Gijón y Avilés, tiene como objeto social el comercio de productos químicos y farmacéuticos y en general de cuantos artículos tengan relación con la farmacia y el comercio de drogas así como el transporte de mercaderías en general. Esta empresa distribuye a todo el Principado de Asturias y a una farmacia en Riaño, zona fronteriza entre Asturias y León. En Asturias, CEFASA suministra a grandes y a pequeños núcleos de población, con una periodicidad que cubre tanto los pedidos de reposición como los pedidos diarios y los pedidos puntuales, estimando, según sus afirmaciones, que ostenta una cuota de mercado entre el 20% y el 30%.

3.- Otros operadores en el mercado en el que actúa COFAS.

En Asturias y Cantabria, donde COFAS actúa principalmente, el número total de oficinas de farmacia, de acuerdo con la información aportada por la misma, 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%.

Existen otras empresas de distribución que pueden actuar en la zona, sin

que ello quiera decir que las zonas de influencia de las mismas, delimitadas por el área que suministran desde su almacén, se superponga al área de distribución de COFAS y, por lo tanto, puedan ser competidores reales de la Cooperativa en condiciones más o menos similares:

- ALFANOR S.A. Cuenta con dos almacenes situados uno de ellos en León y el otro en Valladolid y de acuerdo con sus afirmaciones lo normal es que su área de incidencia se centre en las proximidades de las localidades (o provincias) en que tiene establecidos los almacenes..., por lo que la zona natural de influencia de ALFANOR, S.A. se constituye por las provincias de León, Valladolid y zonas limítrofes a ambas provincias. El volumen de negocio en Asturias en 1996 fue de 76.779.060 y la cuota de mercado calculado en Asturias de 0,43%.

El número de servicios que da a cada área geográfica depende de su proximidad de los almacenes de ALFANOR, S.A. La diferencia en el número de repartos entre diferentes localidades se debe, según sus propias manifestaciones, a la imposibilidad técnica o económica de dar un elevado número de servicios a pueblos alejados o con difícil acceso desde el almacén. Los repartos son: 5 veces al día, León capital; 4 veces al día, Valladolid capital; 2 veces al día, Palencia capital, la mayor parte de esta provincia, la mayoría de los pueblos de León y algunas localidades de Valladolid, 1 vez al día, el resto incluida la zona de Asturias en la que distribuye.

- CENORTE. La sociedad dispone de 4 almacenes ubicados en los siguientes lugares: Santander, Palencia, Asturias y Vizcaya.

En Asturias distribuye a Oviedo, Gijón, Avilés, Cuencas mineras de Langreo y Mieres, carretera nacional N.634 desde Grado al límite con la provincia de Cantabria y localidades próximas.

En Cantabria y Palencia, donde esta sociedad lleva actuando más de 10 años, se atienden núcleos grandes y pequeños. En Asturias y Vizcaya, de más reciente implantación, se va pasando de los grandes núcleos poblacionales a los de menor entidad.

Esta sociedad hace dos repartos diarios a la práctica totalidad de sus clientes y calculan que su cuota de mercado en Asturias no llega al 10%.

- DIFARCASA. La Distribuidora Farmacéutica del Cantábrico S.A., tiene sus almacenes en Santander desde donde cubre todas las poblaciones de la

Comunidad Autónoma de Cantabria y una OF en Cangas de Narcea (Asturias).

Su volumen de negocio ascendió en 1.996 a 4.448.468.000 Ptas. Y su cuota aproximada de mercado en Cantabria es del 40%.

4.- Prácticas denunciadas.

Por Circulares de fecha 15 de octubre, 6 de noviembre y 25 de noviembre de 1996, COFAS comunicó a todos sus cooperativistas los Acuerdos adoptados por ésta, relativos a la participación de sus cooperativistas en los derechos económicos y sociales de la misma. La puesta en marcha del nuevo sistema de descuentos, y las negociaciones para la implantación del mismo comenzaron en el último trimestre de 1.996, de tal manera que fuera efectivo a partir de 1 de enero de 1.997.

5.- Delimitación del mercado.

La definición del mercado, tanto geográfico como de producto debe permitir identificar aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulte de una competencia efectiva.

El mercado de producto al que está referido el presente expediente es el de distribución al por mayor de medicamentos de uso humano, productos farmacéuticos y productos parafarmacéuticos. En el mismo, debe tenerse en cuenta en primer lugar la gran homogeneidad existente entre los productos comercializados por los diferentes mayoristas que, como se ha visto anteriormente, se adecua a la elevada rigidez de la demanda, unido a la existencia de precios en gran medida predeterminados.

En cuanto a la oferta, las posibilidades de actuación de manera estable y no accesoria requieren de la existencia de un almacén desde el cual se puedan establecer rutas de servicio a las OF con la periodicidad necesaria para cubrir sus necesidades esenciales. No puede hablarse de sustituibilidad de la oferta en una determinada zona entre distribuidores principales, con almacén y rutas establecidas, y distribuidores secundarios, cuya presencia es accesoria y cuyas posibilidades de sustitución de suministro, con respecto a un distribuidor principal, le implicarían un incremento considerable en sus costes. Por ello, a la hora de definir el mercado geográfico de referencia en el presente caso debe tenerse en cuenta la ubicación de los almacenes y, por tanto, las fuentes alternativas reales de

suministro.

Teniendo en cuenta ambos factores, debe concluirse que el mercado afectado es aquel en que se puede llegar a ser distribuidor principal, cubriendo por tanto las necesidades estables de suministro de las OF de una determinada área; área que viene determinada por la existencia de un almacén a partir del cual se establecen las rutas de suministro.

Hechos acreditados.

1.- El mercado de distribución de productos farmacéuticos tiene unas características especiales que exigen que, para poder satisfacer la demanda en condiciones idóneas, la oferta se adecue a las necesidades del servicio que obligatoriamente deben prestar a las OF. Consecuencia de ello es que las distribuidoras mayoristas de productos farmacéuticos distribuyen en las áreas próximas a su almacén.

2.- Cofas distribuye en Asturias y Cantabria principalmente, no siendo significativa su cuota de mercado en otras provincias. Las condiciones de competencia en ambos mercados, Asturias y Cantabria, no son homogéneas. Mientras que en Asturias distribuye con una frecuencia que le permite ser el distribuidor principal de las OF en prácticamente todo el territorio asturiano, en Cantabria mantiene un único reparto diario, por lo que debe ser considerado como distribuidor secundario. De hecho las condiciones impuestas en los Acuerdos de Fidelización son diferentes para ambos territorios, en función de las diferentes condiciones de distribución que se dan en cada uno de ellos (folios 81, 89 y 185).

3.- En el mercado asturiano sólo tres operadores, COFAS, CEFASA y CENORTE, tienen almacén y de ellos sólo dos, COFAS y CEFASA, abastecen a la totalidad del territorio. Del resto de las distribuidoras, CENORTE abastece actualmente una zona muy definida, la parte oriental de Asturias, y dentro de esa zona, según sus propias manifestaciones, suministra a grandes núcleos de población y paulatinamente irá suministrando a pequeños núcleos; ALFANOR no tiene almacén en Asturias, sólo hace repartos en una zona determinada, zona sur de la Comunidad, un único reparto diario y su cuota de mercado en Asturias no es significativa (0'43%) (folio 653); DIFARCASA no tiene implantación ni rutas de reparto en Asturias.

4.- COFAS ostenta una posición de dominio en el mercado de distribución mayorista de productos farmacéuticos asturiano donde, de acuerdo con los

datos aportados a la instrucción, la citada Cooperativa 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, COFAS suministraba el 70% del total de ventas en la citada Comunidad. Por todo ello, resulta indudable que COFAS goza de una clara posición de dominio como suministrador de farmacias en Asturias (folios 77, 454 y 921).

5.- *COFAS adoptó dos acuerdos, relativos a la participación de sus cooperativistas en los derechos económicos y sociales de la Cooperativa, que modifican sustancialmente su oferta y que necesariamente suponen un condicionamiento muy fuerte sobre la demanda.*

a) Por Acuerdo de la Asamblea General Ordinaria de 16 de junio de 1.996 (folio 68) se modificó el artículo 9 de sus Estatutos, en el sentido de: 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 validamente adoptado por la Asamblea General o por el Consejo Rector podrá modificarse este porcentaje.

b) El segundo acuerdo, adoptado por el Consejo Rector de COFAS (folios 183-187), denominado "Sistema de Descuentos por Fidelidad", 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 unos 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 horas diarias" 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%. Tres reposiciones al mes, ofertas especiales ilimitadas; "dos dentro de hora diarios".

- Tramo C). Aquellos que destinen entre el 35 y 75%, 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). Que incluye aquellos socios cuyas compras 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%.

Estas condiciones se modifican para los cooperativistas radicados en Cantabria, ya que tienen un único reparto diario. Para éstos las ventajas del tramo C) se condicionan a que su volumen de pedidos mensuales sea superior a 500.000 Ptas; y en los de los tramos A) y B), frente a los descuentos del 2'5% de los pedidos de Adentro de hora, hay un único Adentro de hora de 3%.

De acuerdo con la circular enviada el 6 de noviembre de 1.996 por COFAS a sus cooperativistas (folio 80), Ala integración en el sistema es un acto voluntario, pero...el socio que no desee justificar documentalmente sus posibilidades de compra, no tendrá acceso a los atractivos premios a la fidelidad, de cuyo fantástico margen se os informará personalmente.

6.- Variaciones en el volumen de ventas de las distribuidoras que trabajan en el mercado asturiano.

En el período de tiempo que estuvieron vigentes ambos acuerdos, las cifras de ventas remitidas por cada una de las distribuidoras anteriormente citadas permiten afirmar que el efecto de la implantación, por parte de COFAS, del nuevo sistema de descuentos se dejó sentir desde enero de 1.997. Así, mientras que COFAS incrementó sus ventas en un%. (dato confidencial excepto para el denunciado) (folio 728), el resto de las distribuidoras, o bien tuvieron un ligero ascenso en las mismas (ALFANOR), inferior al registrado en otras provincias, o bien sufrieron un descenso significativo en las mismas, como es el caso de CEFASA y CENORTE.

Variaciones en el volumen de ventas en el primer semestre de 1997 con respecto al mismo período de 1996:

PROVINCIAS	COFAS	CEFASA	CENORTE	ALFANOR	DIFARCASA
ASTURIAS	*	- 16 % **	-8,68 %	7,38 %	---
CANTABRIA	*	---		---	11 %
LEÓN	*	---		13,29 %	---
LUGO	*	---		390,64 %	---
PALENCIA	*	---		28,69 %	---
VALLADOLID	*	---		23,59 %	---
ZAMORA	*	---		7,30 %	---
OTRAS	*	---	5,68 %		---

* Dato confidencial.

** En los cinco primeros meses de 1.997 las ventas disminuyeron un 16%, respecto al mismo período de 1.996. En los siete meses restantes el descenso medio fue de 4%, por lo que el importe global del ejercicio 1.997, respecto a 1.996 ha sufrido una disminución del 9%.

7.- El Sistema de Descuentos por Fidelidad se puso en práctica el día 1 de enero de 1.997, solicitando autorización singular para el mismo el 20 de enero siguiente. El TDC, por Resolución de 5 de mayo de ese mismo año, acordó la suspensión provisional de la aplicación del citado Sistema hasta la Resolución del expediente. Mediante "Nota Informativa del Consejo Rector de COFAS", de 16 de mayo, se comunicó a los cooperativistas la suspensión de dicho Sistema.

Efectos sobre el mercado de los Acuerdos adoptados por la Cooperativa COFAS:

- En los momentos anteriores a la adopción de los acuerdos objeto del presente expediente, COFAS tenía en el mercado asturiano un 70% del volumen total de suministros a oficinas de farmacia (folio 77).

- Los acuerdos adoptados, en tanto que buscan fidelizar un porcentaje mayor de las previsiones de compra de esas mismas oficinas de farmacia, de las que el 99% son cooperativistas de COFAS, supuso, y ese es el efecto buscado, un incremento mayor en el porcentaje de ventas a las citadas oficinas de farmacia.

- La entrada en vigor de los acuerdos estaba fechada a 1 de enero de 1.997; sin embargo la negociación y la asunción de compromisos por parte de las OF se realizó en el último trimestre de 1.996; de ahí que los efectos hayan sido tan inmediatos como se observa en la evolución de las cifras de ventas, anteriormente reseñadas.

- Con los "Tramos" fijados para el Sistema de Descuentos por Fidelidad, un seguimiento generalizado del Tramo A por parte de los cooperativistas de COFAS implicaría el cierre del mercado a otros competidores, en el sector de distribución mayorista, puesto que ésta tiene el 99% de las OF en el mercado asturiano.

- Si COFAS lograra expulsar del mercado a los demás mayoristas, cualquier oficina de farmacia tendría, necesariamente, que formar parte y abastecerse de la cooperativa COFAS, lo cual supondría la exclusión de la competencia en una parte sustancial del mercado.

- El Sistema de negociación de los "Descuentos por Fidelidad" establecido por COFAS supone vincular las compras de las OF al suministrador, COFAS, por un período de tiempo, en principio anual, contribuyendo por tanto a la rigidez del mercado.

- Ambos Acuerdos se basan en porcentajes sobre el potencial de compra de cada uno de los cooperativistas pero, a diferencia del acuerdo de modificación estatutaria en el que, asegurado el compromiso de un porcentaje del volumen total de compras con la Cooperativa, todos los cooperativistas tienen acceso a iguales descuentos, en los "Descuentos por Fidelidad" se crea un efecto discriminatorio entre las OF, de tal manera que a un mayor volumen de compras se pueden tener precios más elevados que los obtenidos por una OF con menor volumen de compras pero mayor porcentaje comprometido.

- Por otra parte, el total de compras se establecerá sobre "datos fehacientes". Ello implica que los cooperativistas deben poner en conocimiento de COFAS información confidencial relativa a su volumen de ventas previsto, así como la estrategia comercial a seguir que, de acuerdo con la información suministrada, se irá revisando trimestralmente.

Valoración Jurídica.

- La modificación de los Estatutos de COFAS, recogida en el apartado 5 a)

de los Hechos acreditados, tiene por objeto garantizar el buen funcionamiento de la cooperativa y, en tal medida, el compromiso por parte de los cooperativistas no es restrictivo de la competencia, siempre que la citada disposición estatutaria se limite a lo necesario para garantizar el buen funcionamiento de la cooperativa y mantener su poder contractual frente a los laboratorios.

- La entrega de información estratégica de los cooperativistas de COFAS en que se basa dicho compromiso podría constituir una infracción del artículo 1.1.e) de la LDC. Si la información transmitida a COFAS por cada cooperativista es puesta en común en alguna medida, el intercambio de dicha información puede implicar el riesgo de conductas concertadas.

- Se produce una discriminación, prohibida por el artículo 1.1.d) LDC, hacia aquellos cooperativistas que no justifiquen documentalmente su volumen de ventas. Dicho trato discriminatorio se produce por el hecho de que los cooperativistas, para tener acceso a los beneficios de la cooperativa, tengan que acreditar documentalmente sus posibilidades de compra y la estrategia comercial a seguir.

- COFAS, que tiene posición de dominio en el mercado asturiano de distribución de productos farmacéuticos, adoptó y puso en práctica el acuerdo por el que se establecía el Sistema de Descuentos por Fidelidad para reforzar su posición de dominio en el mercado asturiano, favoreciendo el cierre del mercado a otros competidores. Mientras dicho sistema fue aplicado, COFAS consiguió captar parte de la cuota de mercado de sus competidores. En consecuencia, la estrategia de COFAS podría llevar a la exclusión de la competencia en una parte sustancial del mismo, lo que podría constituir una infracción del artículo 6.2.a) de la LDC.

- A su vez, la mecánica seguida en el citado Sistema generó un efecto discriminatorio entre las diferentes OF, cuyos costes no varían en función de su volumen de compras, sino en función de su grado de compromiso con COFAS, lo que podría constituir una infracción del artículo 6.2.d)".

7. Declaradas concluidas las actuaciones, la Instructora procedió a redactar el informe previsto en el art. 37.3 de la Ley 16/1989. En dicho informe, de fecha 27 de septiembre de 1999, se propone al Tribunal que, entre otros pronunciamientos, declare:

a) La existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 6.2.a) LDC, de la que es responsable COFAS, consistente en

la implantación, desde una posición de dominio, de un Sistema de Descuentos por Fidelidad, para reforzar su posición de dominio en el mercado, favoreciendo el cierre del mismo a otros competidores.

- b) La existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1.1.e) LDC, de la que es responsable COFAS, consistente en el planteamiento inicial del intercambio de información necesario para la gestión de dos Acuerdos: uno sobre la cantidad mínima de compra a la cooperativa de cada socio y otro sobre el sistema de descuento por fidelidad.
 - c) Que el Sistema de Descuentos por Fidelidad, para el que solicitó autorización singular COFAS, no es susceptible de autorización al amparo del art. 3 LDC.
8. Recibido el expediente el 30 de septiembre de 1999, mediante Providencia de 6 de octubre el Tribunal acordó, de conformidad con lo establecido en el art. 39 LDC, admitirlo a trámite, designar Ponente y ponerlo de manifiesto a los interesados, concediéndoles plazo para que pudieran solicitar la celebración de vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.
 9. Los interesados en el expediente evacuaron el trámite. Visto que COFAS en su escrito de 29 de octubre de 1999 solicitaba la declaración de confidencialidad de determinados documentos, por Providencia de 3 de diciembre de 1999 se dio traslado de dicha solicitud a la otra parte interesada para que manifestase cuanto a su derecho conviniese, lo que realizó con fecha 22 de diciembre de 1999.
 10. Mediante Auto de 24 de febrero de 2000 el Tribunal acordó declarar la confidencialidad de determinados documentos -que se mantendrán en pieza separada-, admitir y declarar pertinentes determinadas pruebas propuestas, denegar otras y considerar necesario celebrar vista.
 11. Practicada la prueba acordada, con el resultado que obra en el expediente, mediante Providencia de 5 de mayo de 2000, de acuerdo con el art. 40.3 LDC, se resolvió conceder plazo para la valoración de la prueba y asimismo, establecer el día 29 de junio como fecha de celebración de la vista.
 12. En la vista el Servicio mantuvo su informe-propuesta, mientras que los representantes de las partes argumentaron en favor de los intereses de éstas, insistiendo los de la denunciante en la comisión por la imputada de conductas prohibidas por la LDC y defendiendo el de la denunciada la ausencia de esas

conductas en base a que el mercado relevante abarca, como mínimo, Asturias y Cantabria, que en él COFAS no ostenta una posición de dominio, así como que el "*Sistema de Descuentos por Fidelidad*" no puede constituir un abuso de posición de dominio y cumple los requisitos del art. 3 LDC.

13. El Pleno del Tribunal deliberó y fallo el presente expediente en su sesión de 25 de julio de 2000, encargando al Vocal Ponente redactar la correspondiente Resolución.

14. Son interesados:

- Cooperativa Farmacéutica Asturiana S. Coop. (COFAS).
- Centro Farmacéutico Asturiano S.A. (CEFASA).

HECHOS PROBADOS

1. COFAS es una sociedad cooperativa formada por farmacéuticos, cuyo objeto o actividad 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.

De acuerdo con sus Estatutos su ámbito territorial es nacional pero su implantación fundamental está en Asturias, donde en 1996 tenía una cuota de mercado aproximada del 72% del volumen total de negocio de distribución mayorista de productos farmacéuticos; tiene, así mismo, una cuota de mercado de aproximadamente un 11% en Cantabria; y, con carácter muy reducido, tiene socios en León, Valladolid y Galicia, donde no alcanza el 1% de la facturación de las oficinas de farmacia de esas provincias.

2. CEFASA, sociedad anónima domiciliada en Oviedo, con almacenes en Oviedo, Gijón y Avilés, tiene como objeto social el comercio de productos químicos y farmacéuticos y en general de cuantos artículos tengan relación con la farmacia y el comercio de drogas, así como el transporte de mercaderías en general. Esta empresa distribuye a todo el Principado de Asturias y a una farmacia en Riaño, zona fronteriza entre Asturias y León. En Asturias, CEFASA suministra a grandes y a pequeños núcleos de población, con una periodicidad que cubre tanto los pedidos de reposición como los pedidos diarios y los pedidos puntuales.

3. COFAS adoptó dos acuerdos, relativos a la participación de sus

cooperativistas en los derechos económicos y sociales de la Cooperativa:

- a) Por Acuerdo de la Asamblea General Ordinaria de 16 de junio de 1996 (folio 68 del expediente del Servicio) se modificó el art. 9 de sus Estatutos, que pasó 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, sin 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."

- b) El segundo acuerdo, adoptado por el Consejo Rector de COFAS (folios 183-187 del expediente del Servicio), denominado "*Sistema de Descuentos por Fidelidad*", 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 unos 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 horas 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%. Tres reposiciones al mes, ofertas especiales ilimitadas; "*dos dentro de hora diarios*".

-Tramo C). Aquéllos que destinen entre el 35 y 75% 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 están por debajo del 35% de su potencial de compra, quienes 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%.

Estas condiciones se modifican para los cooperativistas radicados en Cantabria, ya que tienen un único reparto diario. Para éstos, las ventajas del tramo C) se condicionan a que su volumen de pedidos mensuales sea superior a 500.000 ptas; y en los de los tramos A) y B), frente a los descuentos del 2,5% de los pedidos de "*dentro de hora*", hay un único "*dentro de hora*" de 3%.

4. COFAS comunicó a sus cooperativistas, por Circulares de fechas 15 de octubre, 6 de noviembre y 25 de noviembre de 1996, los citados Acuerdos. De acuerdo con la Circular enviada el 6 de noviembre de 1996 por COFAS a sus cooperativistas (folio 80 del expediente del Servicio), *"la integración en el sistema es un acto voluntario, pero ... el socio que no desee justificar documentalmente sus posibilidades de compra, no tendrá acceso a los atractivos premios a la fidelidad, de cuyo fantástico margen se os informará personalmente"*.
5. El "*Sistema de Descuentos por Fidelidad*" se puso en práctica el día 1 de enero de 1997, solicitando autorización singular para el mismo el 20 de enero siguiente. El TDC, por Resolución de 5 de mayo de ese mismo año, acordó la suspensión provisional de la aplicación del citado Sistema hasta la Resolución del expediente. Mediante "Nota Informativa" del Consejo Rector de COFAS, de 16 de mayo, se comunicó a los cooperativistas la suspensión de dicho Sistema.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En este expediente se examinan dos imputaciones realizadas por el Servicio a COFAS: por una parte, una infracción del art. 6.2.a) LDC consistente en la implantación, desde una posición de dominio, de un "*Sistema de Descuentos por Fidelidad*" para reforzar su posición de dominio en el mercado,

favoreciendo el cierre del mismo; y, por otra, una infracción del art. 1.1.e) LDC consistente en el planteamiento inicial de intercambio de información necesario para la gestión de dos acuerdos de COFAS (el referente a que cada socio *"deberá adquirir en la Cooperativa una cantidad nunca inferior al 35% de su potencial de compra total en cada ejercicio, modulo éste que se fijará para cada socio anualmente con datos fehacientes"* y el referido al propio *"Sistema de Descuentos por Fidelidad"*). Asimismo, se decide sobre la solicitud de autorización singular realizada por COFAS en relación con este *"Sistema de Descuentos por Fidelidad"*.

2. En relación con la primera de las imputaciones, para poder estimar si la encausada ha incurrido en una conducta de abuso de posición dominante es preciso determinar previamente cuál es el mercado de referencia (o relevante) en el que dicha conducta despliega sus efectos, así como si dicha empresa tiene en el mismo una posición de dominio.

En este caso, el mercado de producto o servicio no es objeto de discusión, puesto que tanto el Servicio, como la denunciante y la denunciada, coinciden en señalar que se trata del mercado de la distribución al por mayor de especialidades y productos farmacéuticos a oficinas de farmacia. Dicha definición es compartida por el Tribunal.

Sin embargo, COFAS discute la vertiente geográfica del mercado de referencia realizada por el Servicio, puesto que mientras éste considera que es, esencialmente, el Principado de Asturias -por las razones que se indican en el Pliego de Concreción de Hechos, recogido en el Antecedente Fáctico número 6-, la imputada estima que abarca, como mínimo, Asturias y Cantabria.

Como es sabido, en la Comunicación 97/C 372/03 de la Comisión Europea, de 9 de diciembre de 1997, relativa a la definición de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia se señala que *"el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la 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 prevaletes son sensiblemente distintas a aquéllas."*

En este caso, ha de tenerse en cuenta que la distribución mayorista de especialidades y productos farmacéuticos constituye un mercado con

características específicas, que incluye obligaciones de servicio público tendentes a garantizar permanentemente una provisión de medicamentos suficientes para responder a las necesidades que se produzcan, así como la entrega de los medicamentos solicitados en plazos muy breves, que se efectúan exclusivamente por entidades que disponen de los correspondientes permisos administrativos.

Dado que las oficinas de farmacia (en adelante, OF) no disponen de suficiente capacidad de almacenamiento que les permitan por sí mismas atender a sus clientes relacionándose directamente con los fabricantes y, como se ha señalado, necesitan que los medicamentos les sean entregados en muy breve plazo, existe una intensa relación entre las OF y los mayoristas que las suministran. Así, un hecho típico de este mercado -reconocido por todas las partes- es que las OF se suministran de varios mayoristas, debido fundamentalmente a que no cabe "tolerar" que se produzcan "faltas" en las entregas.

En relación con ello, el Real Decreto 2259/1994, de 25 de noviembre de 1994, que regula los almacenes farmacéuticos y la distribución al por mayor de medicamentos de uso humano y productos farmacéuticos, recoge en su artículo 16.2 que *"los almacenes farmacéuticos tendrán que garantizar permanentemente una provisión de medicamentos suficientes para responder a las necesidades del territorio que abastecen, así como la entrega del suministro solicitado a la mayor brevedad en función del tipo de medicamento del que se trate. Para ello, los almacenes farmacéuticos deberán disponer de unas existencias mínimas, conforme establece el artículo 79.1 b) de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Corresponde a las Comunidades Autónomas elaborar una lista de medicamentos que por las peculiaridades sanitarias de su territorio se consideren necesarios para la adecuada asistencia"*.

Resulta de la disposición anterior -y al encontramos ante un mercado donde la competencia se establece no sólo en base a los precios sino también a la calidad del servicio que se ofrece- que los almacenes constituyen un punto de referencia necesario en la definición de las relaciones de los distribuidores con sus OF. La propia Ley obliga a *"responder a las necesidades del territorio que abastecen"* reconociendo explícitamente un "territorio natural" de ejercicio de la actividad.

En este caso concreto, las OF del Principado de Asturias, que en su práctica totalidad (más del 98%) son socias de COFAS, sólo tienen 3 operadores con almacenes en la región a las que hacer pedidos urgentes y ordinarios:

COFAS, CEFAS y CENORTE y, de ellos, sólo los 2 primeros abastecen a la totalidad del territorio, pues CENORTE sólo abastece una zona muy definida, sobre todo los grandes núcleos de población de la parte oriental de Asturias. Existen otros mayoristas que actúan marginalmente en Asturias desde almacenes situados fuera de dicha región, concretamente: ALFANOR, que sólo hace un reparto diario y tiene una cuota de mercado insignificante (0,43% en fecha de autos; en contestación al requerimiento realizado a petición de COFAS ha señalado que actualmente sólo sirve a 10 farmacias asturianas); y DIFARCASA, que en fecha de autos suministraba a 1 farmacia en Asturias (ubicada en Cangas de Narcea) y que actualmente, junto con CEFARGAL (otra filial del Grupo COFARES), apenas tienen un 0,40% de cuota de mercado en Asturias.

Frente a esta situación en el Principado de Asturias la situación en Cantabria es muy diferente, pues en ella COFAS y CEFASA no tienen almacenes y, dado que no pueden prestar la totalidad de los servicios no pueden competir al mismo nivel que los operadores locales, como DIFARCASA y CENORTE que sí los tienen, por lo que son únicamente empleados como segunda o tercera fuente de suministro, en la medida que ofrezcan mejores condiciones que los operadores locales, pero sin poderlos desplazar del mercado. Por ejemplo, DIFARCASA desde su almacén en Santander cubre todas las poblaciones de Cantabria, manteniendo una cuota de mercado de en torno al 40% en dicha Comunidad Autónoma, pero prácticamente no vende nada fuera de ella.

Así, el mercado geográfico viene muy influenciado por la localización de los almacenes con que cuentan los mayoristas y que constituyen el origen de cada uno de los repartos que se efectúan, por lo que no disponer de un almacén próximo impide dar un servicio con la calidad requerida por las OF, lo que explica que los mercados sean locales y que los flujos comerciales interprovinciales sean relativamente reducidos. En este caso se observa además que las condiciones comerciales que ofrecen los distribuidores al por mayor que atienden Asturias y Cantabria son distintas en una y otra Comunidad Autónoma. En este sentido, el propio "*Sistema de Descuentos por Fidelidad*" acordado por COFAS distingue claramente entre las condiciones que deben cumplir para obtenerlos sus socios de Asturias y de Cantabria, siendo en este último caso más beneficiosos (ver Hecho Probado 3.6).

Por tanto, 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 unas 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 del planteamiento.

3. Establecido el mercado de referencia, es necesario determinar si la encausada tiene posición dominante en el mismo, es decir, si su poder económico e independencia de comportamiento es tal que le permite actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de sus competidores.

En este caso, 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 práctica 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. De hecho, el propio Presidente de COFAS reconoce que un elevado número de socios, libremente, compran a la cooperativa sin aprovechar las posibles ventajas que ofrecen otros mayoristas (folio 432 del expediente del Servicio).

Por otra parte, dado que es reconocido por todas las partes que las OF necesitan tener, al menos, dos suministradores y que, en gran parte del Principado de Asturias, sólo operan COFAS y CEFASA, ello implica que COFAS necesariamente ha de ser uno de los suministradores y que las OF no pueden prescindir de sus servicios. Pero, además dado que COFAS es una cooperativa y que, de acuerdo con la modificación del art. 9 de sus Estatutos realizada en la Asamblea de 16 de junio de 1996 los socios, para tener todos los derechos económicos y sociales, deberán adquirir a COFAS una cantidad nunca inferior al 35% de su potencial de compra total en cada ejercicio, resulta que dicha cooperativa intenta reservarse, como mínimo, el 35% del mercado de distribución de especialidades y productos farmacéuticos en dicha Comunidad Autónoma.

Por si hubiera alguna duda de la independencia de comportamiento y, por tanto, de la posición de dominio de COFAS en el mercado, se puede señalar que recientemente COFAS ha aprobado una nueva modificación del art. 9 de sus Estatutos Sociales -para la que ha pedido autorización singular al amparo del art. 3 LDC y que actualmente se tramita ante este Tribunal (Expte. A 277/00)- por la que eleva la cantidad mínima a adquirir por cada socio de la cooperativa del 35% hasta el 50%, lo que podría dar lugar a que se reserve al menos la mitad de dicho mercado. Este hecho es revelador del poder de

COFAS para actuar unilateralmente y sin sometimiento a las presiones competitivas.

4. El artículo 6 LDC no prohíbe la posición dominante sino el abuso de la misma y enumera, a modo de ejemplo, una serie de supuestos de manera no exhaustiva. En este caso, el Servicio, en su Informe al Tribunal, imputa a COFAS la implantación de un "*Sistema de Descuento por Fidelidad*" para reforzar su posición de dominio en el mercado, favoreciendo el cierre del mismo.

Ante todo, conviene recordar que existe abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según el cual cuando una empresa ocupa una posición dominante en un mercado la estructura de competencia en el mismo está ya debilitada, por lo que cualquier restricción adicional de competencia producida por el comportamiento de esa empresa constituye una explotación abusiva de su posición de dominio. Así, la doctrina señala que las condiciones aplicables en una situación normal de mercado competitivo no pueden admitirse sin reservas en el caso de un mercado en el que, precisamente, por el hecho de que uno de los operadores ostenta una posición dominante, la competencia se encuentra ya restringida, y que la empresa en dicha posición tiene la responsabilidad particular de no perjudicar una competencia efectiva y no distorsionada (véase, por todas, las sentencias de 9 de noviembre de 1983, Michelín/Comisión, Asunto 322/81 ó de 1 de abril de 1993, BPB Industries y British Gypsum/Comisión, Asunto T-65/89).

Es sabido que el aplicar descuentos en función del volumen de compra es una práctica habitual en el comercio. Sin embargo, el "*Sistema de Descuentos por Fidelidad*" establecido por COFAS no está asociado al volumen de compras que le realizan las OF, sino al porcentaje del potencial total de compras de las mismas que destinen a dicha cooperativa.

Según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la concesión de rebajas o descuentos especiales por una empresa en posición de dominio, con el fin de asegurarse una proporción importante de las compras de sus clientes, tiene el efecto de excluir a terceros competidores y constituye, por tanto, una conducta prohibida por el art. 82 (ex art. 86) del TCE. Lo mismo cabría decir en base al art. 6 LDC.

En este sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las Sentencias de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, "Hoffmann-La Roche", donde se afirma que "*una empresa que está en posición dominante en un mercado y liga a los compradores, incluso si lo*

hace a petición de ellos, con una obligación o promesa por su parte de obtener todas o la mayor parte de sus necesidades exclusivamente de tal empresa, abusa de su posición dominante tanto si la obligación en cuestión se estipula sin otras cualificaciones como si es la contraprestación de la concesión de un descuento". "Lo mismo ocurre si tal empresa, sin vincular al comprador mediante una obligación formal, aplica, un sistema de rebajas de fidelidad, es decir, descuentos condicionados a que el cliente obtenga todos o la mayor parte de sus pedidos de la empresa en posición de dominio". Por otra parte, en la Sentencia de 9 de noviembre de 1983, asunto 322/81, "Michelin" se señaló que "... al conceder una ventaja que no está basada en ningún servicio económico que lo justifique, el descuento tiende: a eliminar o restringir la libertad del comprador para elegir sus propias fuentes de aprovisionamiento, a impedir a los competidores el acceso al mercado, a crear condiciones distintas en transacciones equivalentes con otros terceros contratantes o a fortalecer la posición dominante falseando la competencia".

Esto es precisamente lo que COFAS pretende con el establecimiento del "Sistema de Descuentos por Fidelidad", como así se admite en la solicitud de autorización. De hecho, COFAS reconoce abiertamente que *"el sistema de descuentos de fidelidad desincentiva que los cooperativistas acudan a otras fuentes de abastecimiento"* (folio 12 del expediente del Servicio). Asimismo, en su carta de 15 de octubre de 1996 (folio 58 del expediente del Servicio) enviada por COFAS a sus socios señala la cooperativa que *"con el sistema de fidelidad, se premia sustancialmente a los socios de los tramos A y B, los del tramo C quedarían como están en la actualidad, y se limitan servicios y condiciones a los socios del tramo B. La idea es que todos los socios se sientan motivados a pasar a tramos superiores"*.

"Con el sistema de fidelidad propuesto por la Cooperativa, todas las farmacias se verán aún más atraídas a destinar un elevado % de sus compras a COFAS ya que ello les reportará un claro beneficio adicional".

Estas manifestaciones claramente revelan el objeto del Sistema y el ánimo de COFAS de atraer el mayor número posible de compradores, circunstancia que, por otro lado, sería lícita si ello se consiguiera por métodos transparentes basados en su eficiencia, lo que no es el caso. Al conceder ventajas económicas substanciales a las OF que adquieran la mayor parte de sus pedidos a COFAS, ésta desincentiva que las OF compren a otros suministradores, con lo que se tiende a producir un cierre del mercado, porque los demás distribuidores no pueden quedar exclusivamente para atender una pequeña fracción de las necesidades de las OF , que normalmente serán las llamadas "faltas", que COFAS no puede atender en

algún momento, que normalmente son pedidos aislados y, por tanto, los más gravosos desde el punto de vista económico, cuyos costes se cubren por los beneficios resultantes de las otras formas de suministro, como los pedidos ordinarios y las reposiciones.

En conclusión, por todo lo anterior el Tribunal considera que ha quedado acreditado que COFAS ha infringido el art. 6 LDC, abusando de su posición de dominio en el mercado, al poner en práctica el "*Sistema de Descuentos por Fidelidad*" indicado en los Hechos Probados.

5. La segunda infracción imputada a COFAS por el Servicio se refiere a la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1.1.e) LDC, consistente en el planteamiento inicial del intercambio de información necesario para la gestión de dos Acuerdos: uno sobre la cantidad mínima de compra a la cooperativa de cada socio y otro sobre el sistema de descuento por fidelidad.

En relación con esta conducta, el Tribunal entiende que, por una parte, no se trata de una infracción independiente sino de una forma de instrumentar el "*Sistema de Descuentos por Fidelidad*" y, por otra, la información transmitida a COFAS se ha referido a ventas pasadas, tratándose de información necesaria para el funcionamiento de la cooperativa que no se ha puesto en común entre OF y que no parece que pueda llevar a conductas concertadas.

6. En relación con la solicitud de autorización singular del "*Sistema de Descuentos por Fidelidad*", el art. 3 LDC prevé la posibilidad de autorizar acuerdos tipificados en el art. 1 que contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, siempre que se den determinados requisitos. Sin embargo, la Ley no prevé autorización de conductas tipificadas en el art. 6 de la misma, como es el presente caso.
7. Teniendo en cuenta todo lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 46 LDC, procede imponer multa a COFAS. El art. 10 LDC establece en su número 1 que el Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la Ley, multas de hasta 150 millones de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la Resolución del Tribunal.

Para fijar la cuantía de las sanciones ha de atenderse a la importancia de la infracción para lo que ha de tenerse en cuenta una serie de criterios fijados

en el art. 10.2 LDC. En este caso, ésta ha consistido en un abuso de posición dominante por la puesta en práctica de un "*Sistema de Descuentos por Fidelidad*" que ha afectado al mercado asturiano de la distribución mayorista de especialidades y productos farmacéuticos, donde COFAS tiene una cuota de mercado del 70%, como es sabido el abuso de posición de dominio ha sido considerado reiteradamente por este Tribunal como una de las infracciones más graves desde la perspectiva de la defensa de la competencia; sin embargo, dado que la duración de la práctica ha sido corta pues se produce desde el 1 de enero de 1997 hasta 16 de mayo del mismo año, y que el 20 de enero de 1997 COFAS solicitó autorización singular para la misma, el Tribunal estima procedente imponer a Cooperativa Farmacéutica Asturiana S.Coop. (COFAS) una multa de quince millones de pesetas.

8. El Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 46.5 LDC, ordena la publicación de la parte dispositiva de la presente Resolución, a costa de COFAS, en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de mayor circulación en el Principado de Asturias y, conforme a lo establecido en el artículo 46.2 LDC, considera oportuno ordenar a COFAS que dé traslado de esta Resolución a todos los socios.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia,

HA RESUELTO

Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en la implantación, desde una posición de dominio, de un "*Sistema de Descuentos por Fidelidad*" que favorece el cierre del mercado a los competidores.

Es responsable de dicha práctica restrictiva de la competencia, en concepto de autora, Cooperativa Farmacéutica Asturiana S.Coop.

Segundo.- Intimar a la citada Cooperativa al cese de la mencionada práctica y a que se abstenga de realizarla en el futuro.

Tercero.- Imponer a Cooperativa Farmacéutica Asturiana S.Coop. una multa de quince millones de pesetas.

- Cuarto.-** Ordenar la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de mayor circulación del Principado de Asturias, a costa de la Cooperativa sancionada, dicha publicación. En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 50.000 pesetas por cada día de retraso en la publicación.
- Quinto.-** Ordenar a Cooperativa Farmacéutica Asturiana S.Coop. que en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación de la presente Resolución, dé traslado de la misma a todos sus socios. En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 50.000 pesetas por cada día de retraso en el envío.
- Sexto.-** El cumplimiento de lo acordado en esta Resolución se justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

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