

Id Cendoj: 28079230062004100868
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 900 / 2000
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a uno de junio de dos mil cuatro.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 900/00, seguido a instancia de la "Cooperativa Farmacéutica Asturiana, Sociedad Cooperativa" (COFAS), representada por el Procurador D. Jaime Briones Méndez, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 1 de septiembre de 2000, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, se dispone: "

1º. Declarar acreditada la realización por la recurrente de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el *art. 6 de la Ley 16/1989*, 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.

2º. Intimar a la citada Cooperativa autora de la práctica declarada prohibida a que en lo sucesivo se abstenga de realizarla en el futuro.

3º. Imponer a la citada Cooperativa una multa de 15 millones de pesetas.

4º Ordenar la publicación en el plazo de dos meses de la parte dispositiva de esta Resolución a costa de la Cooperativa citada en el BOE y en la Sección de Economía de dos de los diarios de mayor circulación del Principado de Asturias. En caso de incumplimiento se le impondría una sanción de 50.000 pesetas por cada día de retraso en la publicación.

5º. Ordenar a la citada Cooperativa que en el plazo de dos meses a contar desde su notificación de traslado del texto íntegro de esta resolución a todos sus asociados. En caso de incumplimiento se le impondría una sanción de 50.000 pesetas por cada día de retraso en el envío.

El TDC dictó la resolución que antecede sobre la base de los siguientes hechos, que declaró probados:

1º La "Cooperativa Farmacéutica Asturiana, Sociedad Cooperativa", en adelante, COFAS, es una sociedad formada por farmacéuticos cuyo objeto principal es "la adquisición y distribución sin ánimo de lucro y para el uso exclusivo de los socios cooperativistas de especialidades farmacéuticas, productos químicos y farmacéuticos y cuantos otros artículos se relacionan con el ejercicio de la profesión farmacéutica". Su ámbito de actuación territorial básico está en Asturias donde en 1996 tenía una cuota de mercado del 72% del volumen total de negocio de distribución mayorista de productos farmacéuticos, mientras que en otras zonas tenía un ámbito de penetración menor: el 11% en Cantabria, y menos del 1% en León, Valladolid, y Galicia.

2º COFAS adoptó dos Acuerdos relativos a la participación de sus cooperativistas en los derechos económicos y sociales de la Cooperativa en los siguientes términos:

a) Por Acuerdo de la Asamblea General de 16 de junio de 1996 se modificó el *art. 9 .c* de sus Estatutos con la siguiente redacción: "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 comprar total en cada ejercicio, módulo éste que se fijará para cada socio anualmente con datos fehacientes si bien trimestralmente se podrá revisar la categoría de 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 ese porcentaje".

b) Por Acuerdo del Consejo Rector de COFAS se crea el "Sistema de Descuentos por Fidelidad" que 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 a 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 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 a la Cooperativa entre el 90% y el 75% de su potencial de compra: Tendrán derecho a tres reposiciones al mes y ofertas especiales ilimitadas; dos dentro de hora diarios

*Tramo C: Cooperativistas que destinen a la Cooperativa entre el 35% y el 75% de su potencial de compra: quedan como estaban 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: Cooperativistas que destinen a la Cooperativa menos del 35% de su potencial de compra: tienen acceso a las condiciones ordinarias pero no a los descuentos por dentro de hora, ni de reposición, ni descuentos especiales. Se les limita el acceso a determinados servicios de la Cooperativa y sus devoluciones están penalizadas con un 15%.

*Los cooperativistas radicados en Cantabria, que tiene un único reparto diario, sufren las siguientes modificaciones: se accede a las ventajas del tramo C con un volumen de pedidos mensuales superior a 500.000 ptas, y en los tramos A y B hay un único descuento del 3% para los pedidos de dentro de hora.

3º Mediante Circulares de 15 de octubre, 6 de noviembre y 25 de noviembre de 1996 se comunicaron los referidos acuerdos a los cooperativistas, significando que el de 6 de noviembre se indica que: "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".

4º El "Sistema de Descuentos por Fidelidad" se puso en práctica el 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., lo que fue comunicado por el Consejo Rector de COFAS a sus afiliados el 16 de mayo.

En esencia el TDC sostiene que el mercado definido es de naturaleza regional, y con características específicas, como son: las obligaciones de servicio público que se imponen a los mayoristas tendentes a garantizar una provisión permanente de medicamentos para responder a las necesidades de la demanda, que las entregas se realicen en plazos muy breves, que los suministros sean frecuentes para atender a las deficiencias de almacenamiento de las OF, y que las OF se suministren de varios proveedores para garantizar las hipotéticas deficiencias de suministro.

SEGUNDO.- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

l) Inexistencia de abuso de posición de dominio en la conducta de la recurrente:

1) Error del TDC en la delimitación del mercado geográfico relevante:

El TDC define el mercado geográfico relevante como "el asturiano de la distribución al por mayor de medicamentos de uso humano, productos farmacéuticos y productos de parafarmacia", desconociendo que la recurrente también actúa en Cantabria donde tiene una cuota del mercado del 11%. por lo que esta Comunidad debe ser incluida en el mercado relevante, lo que implicaría la inexistencia de la posición de dominio denunciada (72% de cuota en el mercado asturiano). La decisión del TDC respecto de la delimitación del mercado carece de apoyo en análisis económicos y es contraria a los criterios de la Comisión Europea, a la vista de la siguiente exposición:

a) Criterios seguidos por la Comisión (Comunicación 97/C372/03 de 9 de diciembre de 1997) para delimitar el mercado geográfico relevante:

*El punto 2 señala que el fin de la delimitación del mercado es la identificación del conjunto de operadores que con su actividad comercial, constriñen y ejercen una influencia y presión competitiva sobre su respectivo comportamiento en el mercado, o lo que es lo mismo, determinar en qué medida los operadores del mercado constituyen una alternativa viable de suministro frente a sus clientes.

*El punto 8 se refiere al mercado geográfico relevante como: "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".

*Para definir el ámbito geográfico, punto 15, la Comisión se apoya en el criterio de la sustituibilidad de la oferta y la demanda unido a un examen sobre las posibles barreras de entrada al mercado en cuestión. Por lo que al primer criterio respecta para definir un mercado se han de identificar las fuentes alternativas reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de las empresas de que se trate. Concluye la recurrente con apoyo en la Comunicación citada que en la delimitación del mercado geográfico debe tenerse en cuenta no sólo la zona en al que de forma principal opera el distribuidor sino también aquella que resulte sustitutiva para los consumidores, pues se trata de determinar en qué medida los operadores situados en otros territorios pueden disciplinar el comportamiento competitivo de la empresa en cuestión ante su pretensión de incrementar los precios de sus productos, sin que existan barreras económicas o normativas que lo impidan (cita el punto 50 sobre las barreras de entrada y en concreto la incidencia del precio del transporte, con referencia a posibles compensaciones).

b) Aplicación general en España de los criterios referidos.

Cita la Resolución del TDC "Interflora" de 29 de julio de 1999, que ha aplicado la definición de mercado geográfico del punto 8 de la Comunicación citada.

c) Aplicación al presente supuesto:

La Administración reconoce que COFAS presta servicios diariamente a OF sitas en Asturias,

Cantabria y zonas limítrofes, por lo que, dado que COFAS es una alternativa económica viable en ambos territorios, ese debe ser el mercado relevante. El TDC ha restringido el ámbito del mercado sin haber hecho un análisis económico y sin haber aplicado el test de sustituibilidad a que se ha hecho referencia en el punto anterior y ello a pesar de que el SDC admite que el 45% de las OF situadas en Cantabria son socios de la Cooperativa. Se analizan separadamente los puntos de disidencia respecto de las conclusiones a que sobre este extremo llega el TDC:

*Erróneo e injustificado criterio del TDC para determinar los distribuidores que pueden prestar la totalidad de los servicios:

.Que el mercado sea regional no implica que no pueda tomarse en consideración la prestación de servicios en varias provincias. En concreto estima que el TDC no ha analizado en la Resolución impugnada en qué medida COFAS puede satisfacer adecuadamente desde su almacén de Asturias las necesidades de las OF situadas en Cantabria o en qué medida pueden los mayoristas con almacén en Cantabria satisfacer adecuadamente las necesidades de las OF de Asturias, especialmente a la vista del folio 1148 del expediente que evidencia que sin incurrir en costes de transporte anormales la recurrente puede suministrar sus productos a las OF situadas en un radio de 200 Km, lo que abarca la de Cantabria.

.El TDC se equivoca cuando afirma que COFAS es un proveedor secundario en Cantabria porque sólo suministra un pedido diario a determinadas OF (realmente al 54% de sus afiliados les suministra dos pedidos diarios, lo que supone el 25 % de las OF de dicha Comunidad). No obstante no comparte esta distinción entre proveedor primario y secundario porque no tiene soporte alguno. Un solo reparto diario puede satisfacer las necesidades de las OF ya que el mantenimiento de dos repartos al día obedece a características tradicionales de la gestión de las OF, pero no a una necesidad objetiva de las OF que cuando optimizan la gestión de los pedidos, permiten que uno sólo sea suficiente. Un solo reparto permite lograr economías de escala muy significativas para las partes: para el distribuidor reduciendo costes de transporte y para la OF que mejora sus programas de gestión de stocks. Cita el folio 1173 del expediente para apoyar la tesis de que existe una tendencia por las OF a reducir el número de pedidos. Concluye que los distribuidores que sólo realizan un reparto diario son competidores de los que efectúan dos, pues los términos que definen la política de suministros son la calidad del servicio (rapidez, frecuencia diaria, entregas sin faltas) y precio, y no la duplicidad de servicios diarios. De acuerdo con los datos económicos obrantes en el expediente la recurrente podía ofrecer dos repartos diarios a más de 150 OF de Cantabria (el 71%), por lo que el mercado relevante debía extenderse, de acuerdo con la tesis del TDC, como mínimo también a esta Comunidad.

*El TDC no ha tomado en consideración la inexistencia de barreras de entrada lo que ha influido en la incorrecta delimitación del mercado:

.Invoca el punto 50 de la comunicación de la Comisión de 1997 citada y concluye que el TDC no ha realizado ningún análisis económico que permita afirmar que existen barreras de entrada que conduzcan a delimitar el mercado en la forma en la que lo ha hecho. Cita los folios 1138 a 1170 del expediente que incluyen análisis económicos aportados y no rebatidos, que demuestran que los costes de distribución en Cantabria desde un almacén situado en Asturias (400 Km i/v) no suponen en ningún caso una barrera de entrada pues son asumibles sin encarecer el precio del producto a un nivel infracompetitivo (se desarrolla el razonamiento económico en la pág. 32 de la demanda). Por otra acredita la inexistencia de barreras el hecho de que la recurrente haya ampliado el número de ventas en Cantabria (en 1999 crecieron un 40% respecto del año anterior), lo que evidencia que puede ser competitiva sin tener almacén en Cantabria. Además existe una tendencia de los mayoristas a ampliar su ámbito de actuación más allá de sus zonas de influencia tradicionales y a la concentración empresarial.

*Error del TDC en la apreciación de la homogeneidad de las condiciones de competencia en Asturias y Cantabria:

.Sobre la divergencia de cuotas de mercado de COFAS en Asturias y Cantabria: invoca el punto 50 de la Comunicación de la Comisión y concluye que son únicamente razones históricas vinculadas a la fundación de COFAS las que justifican que su presencia en Asturias sea mayor que en Cantabria, si perjuicio de que las condiciones de competencia sea homogéneas en una y otra comunidad ya que: las obligaciones de servicio público son las mismas y los precios también pues son intervenidos por la Administración (*art. 100 Ley 25/90, RD Ley 6 y 12/1999*), recordando que la comisión ha señalado que oscilaciones inferiores al 10% no son indicio de falta de homogeneidad en las condiciones de competencia.

Por otra parte, no existe ningún argumento económico que permita sostener que una cuota del 11%,

que es la que COFAS tiene en Cantabria no le permita presentarse como fuente de suministro alternativa (cita resoluciones de la Comisión en ese sentido), máxime si se tiene en cuenta que el 45% de la OF de Cantabria son cooperativas de COFAS, extremo reconocido por el SDC (Expediente A 277/00). Por lo tanto las condiciones de competencia son homogéneas.

.Sobre las diferentes condiciones de venta aplicadas por la recurrente en Asturias y Cantabria: Las diferencias obedecen a distintas razones: el acceso a las ventajas del tramo c) del sistema de descuentos por fidelidad, responde a la idea de COFAS de promocionar sus servicios en Cantabria y captar nuevos socios, siendo ésta una práctica comercial frecuente; en relación al descuento de pedidos "por dentro de hora", consta en el expediente que no se establece en función de la localización de la OF, sino del número de repartos diarios que recibe, por lo que también se aplica ese descuento a las OF de Asturias que sólo reciben un reparto al día. Invoca la doctrina del TPI (Asunto Tetra Pack), para concluir que la homogeneidad de la competencia no significa identidad absoluta de circunstancias y sí solamente similitud razonable.

En definitiva concluye que el mercado relevante debería incluir como mínimo a Asturias y Cantabria con lo que la cuota de la recurrente sería de un 40% y por lo tanto no existiría posición de dominio.

II) Error en la apreciación de la posición de COFAS en el mercado relevante. COFAS no ocupa posición de dominio.

1) El TDC no toma en consideración los requisitos impuestos por el TJCE y Comisión para calificar la posición de una empresa como dominante en un mercado.

El TDC sólo ha tomado en consideración la cuota en el mercado de Asturias (72%), pero no otros factores adicionales relativos a la estructura de las empresas y situación competencial del mercado, como se hizo por el TDC en los expedientes "Bacardí" de 30 de septiembre de 1999 y Gillette Wilkinson de 29 de enero de 1999, y que permiten concluir que sólo existirá posición de dominio cuando una empresa pueda desde su cuota de mercado actuar sobre las condiciones de competencia sin temor a las reacciones de sus competidores y consumidores (punto 10 Comunicación de la Comisión). Entre los factores de estructura de la empresa deben considerarse cuestiones como: recursos y métodos de producción, métodos de presentación, transporte y venta, tecnología e integración vertical; respecto de los factores de situación competencial del mercado hay que considerar: número y fuerza de los competidores, cuotas de mercado, y volúmenes de venta, precios y barreras de entrada.

El TDC no ha analizado estos factores por lo que carece de base la afirmación, tomada sólo sobre el examen de la cuota de mercado, de que ostenta una posición de dominio.

2) Falta de concurrencia de los factores adicionales para calificar la posición de COFAS como de dominante.

*Estructura de la oferta y la competencia:

.Sobre el número y fuerza de los competidores: compiten con COFAS, COFARES (líder español del sector que cuenta con almacén en Asturias y en 1998 facturó 202.844 millones de pts en ventas totales en España, mientras la recurrente facturó 19.742 millones de pts), el Grupo SAFA integrado en Alliance Unichen (opera a través de ALFANOR y ahora CEFASA), facturó en España en 1998, 85.000 millones de pts en 1998, COFAGA (facturó en España en 1998 18.125 millones de pts, SANJURJO (facturó 9.600 millones de pts en 1998), cifras tomadas del expediente (ranking de mayoristas, folio 74 y 139). Aunque en Asturias dichos operadores tengan una cuota inferior, tiene potencial y capacidad de reacción suficiente como para evitar que COFAS pueda actuar al margen de ellos.

.Sobre los precios: COFAS ha reducido su cargo cooperativo en un 64,1 % desde 1994 a 2000, ello debido a la competencia.

.Sobre los proveedores: los mayoristas, por notoriedad, carecen de poder de negociación frente a los laboratorios farmacéuticos, especialmente por el escaso volumen de ventas a nivel nacional de la recurrente en comparación con sus competidores.

*Estructura de la demanda:

.Existencia de factores determinantes que impiden a COFAS comportarse al margen de las reglas de la competencia: la profesionalización de la demanda, la tendencia de las OF a mantener varios

suministradores al mismo tiempo, y la posibilidad de cambiar de proveedor con facilidad. Por ello, las OF son libres para elegir sus fuentes de suministro y sin que exista barrera alguna al cambio del proveedor: aunque COFAS cuente con la afiliación del 98% de los farmacéuticos de Asturias no son clientes cautivos, pues cuanta con la afiliación del 45% de farmacéuticos en Cantabria y el nivel de negocio es muy inferior. Por otra parte, el 75% de las OF de Asturias son clientes de CEFASA (Folios 1138 a 1170 expediente), y no por ello, el TDC ha estimado que dicho mayorista tiene un especial vínculo de suministro con sus clientes.

La recurrente concluye afirmando que de los datos obrantes en el expediente se desprende que no tiene posición de dominio en el mercado y por lo tanto no ha realizado ninguna conducta prohibida, mientras que el TDC sin haber realizado un análisis económico ha dicho lo contrario, sin haber tenido en cuenta: la profesionalización de las OF, la entidad de los competidores, su posición en el mercado español, y la creciente concentración del mercado en manos de grandes grupos multinacionales.

III) La resolución recurrida vulnera el derecho de COFAS a obtener una resolución sobre su solicitud de autorización en relación con el acuerdo de Obligación de Compra Mínima.

La recurrente denuncia que el TDC ha procedido a acumular de forma indebida distintos procedimientos: el expediente de autorización 1506/97 con los expedientes sancionadores nº 1507/97 y 1643/97, con infracción del *art. 18 y 14 del RD 157/92* con el resultado final de no pronunciarse sobre la autorización singular solicitada sobre la obligación de compra mínima. Aunque de la propia resolución cabe deducir implícitamente que dicha conducta no es contraria al *art. 1 LDC*, la falta de respuesta provoca indefensión en la recurrente, ya que desconoce los motivos que conducen a dicha declaración, lo cual es relevante cuando el mismo TDC ha señalado en resolución de 26 de marzo de 2001 que no cabe autorización cuando el volumen de la compra mínima pasa del 35 al 50%.

IV) La multa impuesta es anulable de conformidad con el *artículo 63 Ley 30/1992*

1) Infracción del *artículo 10.1 de la LDC* por no concurrir los elementos subjetivos de dolo o culpa.

La recurrente, si la conducta se califica como prohibida, actuó bajo un error de derecho.

*De acuerdo con la *ley 27/1999 COFAS consideró que los dos Acuerdos* adoptados eran ajustados a derecho por ser un mecanismo de fomento de la ayuda recíproca y de la solidaridad entre sus miembros.

*COFAS actuó de buena fe al notificar voluntariamente al SDC el acuerdo y solicitar la autorización singular, colaboró activamente durante su tramitación, y cesó su actuación en cuanto fue requerido para ello y lo hizo al no existir en España la posibilidad de contar con una declaración negativa.

*El error de COFAS en todo caso sería insalvable por la dificultad de discernir sobre la antijuridicidad de la conducta: El TDC no suspendió cautelarmente el Acuerdo a pesar de que sabía que se estaba ejecutando (*art. 16 RD 157/92*).

2) Infracción del *artículo 10.4 de la LDC* por imposición de multas en un período en el que COFAS estaba protegido: desde el 1 de enero de 1997 al 16 de mayo siguiente.

a) Inexistencia de norma que prohíba la ejecución de un acuerdo notificado al SDC para pedir autorización singular.

*El *art. 10.4 LDC* establece la inmunidad frente a multas por ejecución del acuerdo notificado desde la fecha de presentación de la solicitud de autorización singular, sin que exista apoyo para pretender que la inmunidad solo opera una vez transcurridos tres meses desde la petición.

*El *art. 4.2 de la LDC* se expresa en los mismos términos: los efectos de la autorización se retrotraen a la fecha de presentación.

*La postura del TDC sólo es posible cuando se acumulan válidamente un procedimiento de autorización y uno sancionador pero no cuando el procedimiento de autorización se inicia voluntariamente. Con la solicitud surge la inmunidad y con el transcurso de tres meses desde ese momento surge una autorización tácita provisional que sólo puede revocarse con la resolución final y sin efectos retroactivos. La recurrente no estaba obligada a suspender la aplicación del sistema de descuentos por lo que no procede la imposición de multas.

b) Las consecuencias de la inmunidad son la imposibilidad de sancionar la conducta descrita. El legislador ha querido limitar la potestad sancionadora del TDC, sin que pueda incoarse expediente sancionador por unas prácticas precedidas de solicitud de autorización: invoca la legislación y jurisprudencia comunitaria y destaca las consecuencias del principio de buena fe en la actuación de la recurrente. La inmunidad abarca la existencia de los Acuerdos y las consecuencias de su ejecución, incluso un cierre del mercado, que el TDC puede evitar oponiéndose a su ejecución en el plazo que señala la LDC.

c) La imposición de la multa no se encuentra amparada por la excepción a la inmunidad contra multas prevista en el *artículo 10.4 de la LDC*.

V) Infracción del *artículo 43.1 LDC*, 135 LRJAP y 18 RD 1398/93.

1º Infracción del principio de congruencia entre la propuesta de resolución y ésta.

a) Derecho a conocer la acusación: se ha desconocido.

b) Contenido del derecho a conocer la acusación: se ha desconocido.

c) Vinculación del órgano decisor a la propuesta del instructor:

d) Los procedimientos sancionadores previstos en la LDC:

Invoca el RD 1398/1993 y la necesidad de abrir el trámite de alegaciones si se varía la propuesta del instructor, lo que ocurrió al no proponer éste sanción e imponerla el TDC, sin que sea suficiente la referencia genérica que hace el informe propuesta al *art. 46 de la LDC*.

VI) Infracción del principio de proporcionalidad:

La resolución impugnada no toma en cuenta la duración de la ejecución del Acuerdo. La reducción de la sanción procede por la buena fe de la recurrente que puso los hechos en conocimiento del SDC, el desconocimiento durante el período de ejecución del hecho de que la conducta era prohibida. Por otra parte el TDC ha variado el criterio interpretativo de forma inopinada tal y como se ha razonado. El SDC tardó 5 meses en ejecutar la orden de prohibición.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

1) Sobre el mercado relevante:

a) Debe definirse teniendo en cuenta la doctrina del TJCE y la Comunicación de la Comisión de 1997, punto 8 antes transcrito.

b) Para la definición del mercado geográfico resulta determinante tomar en consideración la ubicación física de los almacenes de los distribuidores de productos farmacéuticos y ello por las siguientes razones:

*Las oficinas de Farmacia (OF) están obligadas a cumplir con obligaciones de servicio público que alcanzan a sus suministradores y que, en lo que afecta este proceso, se resumen en la obligación de garantizar el abastecimiento de productos farmacéuticos a la población de forma permanente y en plazos breves, lo que se ve fuertemente condicionado por el hecho de que las OF normalmente carecen de gran capacidad de almacenamiento de sus productos.

*La frecuencia en la distribución depende de la ubicación geográfica de los almacenes, y ello determina que no pueda incluirse la Comunidad de Cantabria en el mercado relevante definido por el TDC como pretende la recurrente, ya que las condiciones de competencia en las que concurre la recurrente en el mismo son sensiblemente diferentes de aquellas con las que actúa en Asturias: Su cuota de mercado es Asturias era del 72% y en Cantabria el 11%, la frecuencia de servicios en Asturias era de 3 al día y en Cantabria 1, y la política de ventajas que ofrecía la recurrente en Asturias y en Cantabria eran distintas como se aprecia en los hechos declarados probados por el TDC (que se transcriben en el Antecedente Primero final de esta resolución).

c) Niega que las condiciones de competencia en ambas Comunidades sean homogéneas y acude

para acreditarlo a un análisis comparativo sobre la sustituibilidad de oferta y demanda:

*Sobre la demanda: es evidente, según se desprende de la documentación obrante en el expediente que no es indiferente ofrecer uno o varios repartos diarios o atender con mayor o menor rapidez los pedidos urgentes, pues la principal magnitud que tiene las empresas mayoristas para competir entre sí, no radica en el precio del producto, sino en la calidad con que presten el servicio de distribución de acuerdo con los parámetros indicados.

*Sobre la oferta: se centra en el precio del transporte de los productos de una Comunidad a otra para atender de forma competitiva el servicio, con cita del punto 50 de la comunicación de la Comisión, para concluir que su coste es una de las barreras de entrada más relevantes para la actuación en un mercado geográfico adyacente.

d). En atención a lo expuesto critica la tesis de la demanda que considera inadmisibles respecto de la posibilidad de considerar a los efectos de delimitar el mercado relevante, hipotéticos almacenamientos futuros, afectos a planes de expansión, o la asunción de costes mayores no determinados para efectuar dichos repartos extraordinarios. El examen se realiza sobre un mercado real y no potencial por lo que estima que fue correcta la delimitación del mercado hecha por el TDC.

2º Sobre el poder de mercado o la posición de dominio de la recurrente en el mercado considerado.

a) La cuota de mercado es por sí sola relevante para determinar si existe o no una posición de dominio.

De esta forma se opone a la tesis de la recurrente que sostiene lo contrario ya que alude a la necesidad de con otro tipo de pruebas adicionales, y lo hace sobre la base de la doctrina del TJCE y TPI en las sentencias, Hoffman-La Roche, Tetra Pak, y United Brands. Estima que la cuota es en sí misma determinante de la existencia de un poder de mercado, desde que doble la del competidor más próximo, subrayando que si supera un 70%, no admite tal afirmación ni siquiera prueba en contrario.

b) Analiza las circunstancias del caso y concluye que:

*La recurrente tiene un 72% de la cuota del mercado definido en los términos antes expuestos.

*No obstante tiene un potencial de ventas mayor ya que el 98% de las OF de Asturias son miembros de COFAS y se obligan por Estatutos a adquirir de la Cooperativa el 35% de su facturación, pendiente de aumentarlo al 50%.

*La principal competidora, CEFASA, sólo tiene entre un 20 y un 30% de la cuota de mercado, y el resto de competidores tienen posiciones insignificantes.

c) Estima procedente la sanción impuesta por los siguientes motivos:

*Hubo dolo o culpa por parte de la recurrente en la medida que los descuentos por fidelidad constituyen un supuesto prototípico de conductas prohibidas, ya que implican una discriminación respecto de los clientes y, como en este caso, pueden conducir a una exclusión del mercado de los competidores directos.

*Niega que la solicitud de exención de conducta presentada por la recurrente implique una inmunidad a efectos sancionadores, pues ello sólo es posible respecto de las conductas descritas en el *art. 1 de la LDC*, pero respecto de las tipificadas en el *art. 6*, como en este caso. En cualquier caso, la aplicación de la inmunidad no podría ser retroactiva ya que el recurrente inició su actividad prohibida antes de solicitar la exención (*art. 3, 4.2 y 10.4 LDC*).

*Finalmente estima que en todo momento desde la formulación del pliego de cargos se informó a la recurrente sobre la posibilidad de que le fuera impuesta una multa, que en su graduación tuvo en cuenta las particulares circunstancias del caso y en concreto la petición de exención de la recurrente. Estima en cuanto a su cuantía que la sanción es correcta e incluso simbólica (*art. 10 LDC*).

CUARTO:.- Tras la práctica de la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO:.- Señalado el día 2 de marzo de 2004 para la votación y fallo en esta reunión se acordó posponer el señalamiento para el 25 de mayo siguiente, fecha en la tuvo lugar lo acordado.

SEXTO:.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Las cuestiones que se plantean en el siguiente proceso son las siguientes:

a) Determinar si la recurrente ha incurrido en una conducta anticompetitiva y abusiva a los efectos del *art. 6 de la LDC*, como consecuencia de la implantación desde una posición de dominio de un "Sistema de Descuentos por Fidelidad" que, en ese caso, favorecería el cierre del mercado a los competidores. Para ello será imprescindible previamente delimitar el mercado geográfico relevante en el que opera la Cooperativa farmacéutica recurrente y decidir si abarca sólo la Comunidad de Asturias o también la de Cantabria.

b) Determinar si la resolución recurrida que acumuló una petición de autorización en relación con la adopción de un "Acuerdo de Obligación de Compra Mínima", vinculada a una hipotética contradicción de la conducta con el del *art. 1 LDC*, es incongruente por no dar respuesta expresa a esta cuestión; sin embargo, la misma resolución impone una sanción por infracción del *art. 6 de la LDC* y declara que no existe infracción del *art. 1 LDC*.

c) Determinar si la multa impuesta es anulable de conformidad con el *artículo 63 Ley 30/1992* en la medida en que la conducta de la recurrente que puso los hechos en conocimiento del SDC, y que ejecutó sus Acuerdos con conocimiento del TDC

d) Determinar si ha existido infracción del *artículo 43.1 LDC*, *135 LRJAP* y *18 RD 1398/93* por no haberse impuesto una sanción de multa sin que el instructor la propusiera.

e) Determinar si se ha infringido el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción de multa.

SEGUNDO: El examen de las cuestiones planteadas en este proceso, singularmente las dos primeras, está directamente condicionado por nuestra sentencia recaída en el rec. nº 497/01, con las mismas partes, en cuya virtud se declaró ajustado a derecho el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de marzo de 2001 por el que se denegó la autorización que afectaba a la modificación de los Estatutos Sociales de la recurrente 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. En dicha sentencia, FFJJ 6 y 7, se daba expresa respuesta a dos de las cuestiones esenciales que se plantean en este proceso; por una parte se afirmaba que el mercado geográfico relevante se reducía a la Comunidad de Asturias con expresa exclusión del de Cantabria, y se declaraba que una cuota de mercado de aproximadamente un 70% debía considerarse en principio como acreditativa de posición de dominio. La sentencia asumía de forma expresa el razonamiento del TDC y llegaba a esta conclusión desde la constatación de la ubicación de los almacenes de distribución y al hecho concreto de que desde los de la recurrente situados en Pruvia (Asturias) se tardaba tres horas en distribuir pedidos a oficinas demandantes situadas en Cantabria en un radio de 200 Km, dato al que concedía una singular importancia a los efectos pretendidos, dada la obligación de servicio público que recae en las Oficinas de Farmacia y la consiguiente necesidad de inmediatez en el abastecimiento de existencias. Si a esto se une la circunstancia de que la recurrente sólo ofrecía un reparto diario a sus afiliados en Cantabria, donde tenía una cuota de mercado del 11%, de lo que deducía su posición secundaria en la distribución del producto, declaraba que las condiciones de competencia para la recurrente entre ambas Comunidades no eran homogéneas.

La primera consecuencia que se extrae de la declaración anterior es la de la fijación de la cuota de mercado de la recurrente que se concreta en un 72%, y no en un 40% como resultaría en el caso de extensión del mercado geográfico a las dos Comunidades. Así las cosas, la conjunción de ese dato y del hecho de que la Cooperativa recurrente presenta un potencial de compra muy relevante al pertenecer a la misma más de un 90% de las Oficinas de Farmacia radicadas en el mercado relevante, y quedar éstas obligadas a comprarle sus productos por el hecho de su afiliación, nos condujo a declarar que efectivamente existía la posición de dominio denunciada. En el presente caso, esta línea interpretativa puede verse reforzada con la argumentación aportada por la Abogacía del Estado, resumida en el Antecedente nº de 3º de esta Resolución y de la que podemos reiterar la conexión entre la ubicación física de los almacenes y el cumplimiento eficaz en términos de rapidez de las obligaciones de servicio público vinculadas al ejercicio de

la actividad de dispensa de medicamentos.

Con estos antecedentes, este tribunal en forma coherente con los mismos, reitera en este acto su anterior decisión y en consecuencia declara ajustada a derecho las previsiones del TDC en cuanto a la delimitación del mercado geográfico y a la declaración de abuso de posición dominante por parte de la recurrente, conclusión esta última que si bien de forma expresa no se realiza en la sentencia aludida, sí se hace de forma implícita pues declara que a la posición de dominio antes definida, se une la obligación de compra que asumen los socios de la Cooperativa lo que de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE a la que se remite (Hoffman-La Roche), supone la conclusión de que efectivamente existe el abuso denunciado. En este sentido es más explícito el FD 4º de la resolución del TDC.

TERCERO: No obstante lo anterior, y para dar respuesta a las concretas alegaciones de la recurrente formuladas en su escrito de demanda, estimamos necesario realizar las siguientes precisiones: 1) Aunque ciertamente el TDC no cita en su resolución la Comunicación 97/C372/03 de 9 de diciembre de 1997 de la Comisión, ello no significa que no haya tenido presente los criterios de las autoridades comunitarias de la competencia, ni del TJCE en la toma de decisión objeto de recurso; como subraya el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, pueden identificarse en los razonamientos del TDC el examen de los criterios referidos, y así, nuevamente con remisión al Antecedente 3º de esta resolución se expresa su particular interpretación sobre el alcance del punto 8 de dicha Comunicación, así como sobre la aplicación del tests de sustituibilidad, o el examen de las barreras de entrada a la luz de la jurisprudencia del TJCE que cita, incluso la propia resolución (Hoffman-La Roche, Tetra Pack, United Brands), por lo que debe descartarse la tesis de separación de los criterios de estas autoridades en la toma de decisión, pues una cosa es situarse al margen de los mismos y otra discrepar sobre su alcance o interpretaciones. 2) Tanto el TDC como la recurrente plantean un debate sugerente sobre cuestiones sin duda relevantes centradas en el hecho de la acreditación de la existencia o no de condiciones homogéneas en los mercados en los que actúa la Cooperativa Farmacéutica, pues éste es el elemento clave del que depende la suerte del proceso; de esta forma tanto en la demanda como la contestación se cruzan argumentos a favor de una u otra tesis, que, sin embargo, se reducen a una simple especulación sobre hipótesis débilmente contrastadas. El TDC realiza sus afirmaciones sobre la base probatoria que le da la actuación del Servicio, esencialmente toma de declaración a las partes implicadas, y además hace referencia en su resolución a una evaluación de la variación de las cifras de ventas detectada durante el tiempo en el que se ejecutaron los Acuerdos de referencia para concluir, a partir de esos datos, que su continuada ejecución cerraría el mercado a los competidores. 3) Insistimos en la necesidad de delimitar de forma clara el régimen de la carga de la prueba, para lo que debe acudir a las reglas establecidas en el *art. 217 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, aplicable por remisión de la DF 1º de la Ley 29/1998 de RJCA*. Esta norma reitera el conocido régimen de atribuir dicha carga a quien reclama un derecho o a quien opone su extinción, pero introduce de forma expresa una doble matización: las excepciones legales que puedan arbitrarse al efecto, o la modulación en la forma de ejecución de las reglas generales atendida la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes. En el presente caso la recurrente reitera de forma sucesiva que la Administración no realizó un análisis económico y que llegó a la conclusión conocida sobre una base puramente especulativa, afirmación que no podemos compartir en su integridad, pues si bien es cierto que incumbe al Servicio, como incumbe a la Comisión Europea en su ámbito, la realización del análisis a que se refiere la recurrente con informes de sus técnicos dando respuesta a las concretas cuestiones planteadas y aportando los estudios realizados para llegar a dichas conclusiones, lo cierto es que la Administración ha desplegado una cierta o relativa actividad, y cuenta con datos, esencialmente aportados por los implicados, para llegar a la conclusión objeto de este debate mediante una interpretación racional de la documentación recabada.

En estas circunstancias, partiendo del hecho de que este tribunal en la sentencia dictada en el rec. nº 497/01 llegó a la conclusión de que el mercado geográfico estaba bien delimitado, debemos reiterar nuestra apreciación inicial y ello porque un cambio de criterio requeriría precisamente lo que la recurrente reprocha a la Administración, es decir, la práctica de una prueba pericial en sede jurisdiccional que pusiera de manifiesto el error que se imputa al TDC y esa opinión fuera razonablemente asumida por este tribunal. La recurrente realiza una constante referencia a un informe elaborado a su instancia por una consultora, y que figura en el expediente administrativo; este informe en la medida en que figura en el expediente puede y debe ser tomado en consideración por este tribunal, como así ha ocurrido, pero no puede pretenderse que el mismo tenga el valor de prueba pericial, que en este caso sería determinante, en la medida en que falta el requisito básico de someterse a la contradicción de las partes. De acuerdo con nuestro planteamiento las consideraciones que realiza la recurrente en su escrito de demanda carecen en definitiva del apoyo probatorio suficiente para producir en el tribunal la convicción de que su tesis pueda ser acogida. Por otra parte, la argumentación de la Administración, aún con ser especulativa, cuenta con una mínima actividad probatoria amparada en la presunción de objetividad, preparación técnica y profesionalidad que asiste a los funcionarios que emiten la propuesta, y por esta razón, entendemos que debe prevalecer el criterio

sostenido por el TDC desestimando la demanda en este punto.

CUARTO: La tercera de las cuestiones planteadas tampoco puede tener acogida favorable pues aunque puede advertirse en la parte dispositiva de la Resolución del TDC una falta de respuesta expresa a la cuestión planteada sobre el Acuerdo de Compra Mínima y su solicitud de autorización singular, lo cierto es que esta omisión no le produce a la recurrente indefensión o perjuicio alguno, pues la sanción impuesta tiene por fundamento la comisión de una conducta distinta que se concreta en la organización de un sistema de descuentos por fidelidad, y esa conducta sobre la que también se solicitó la autorización singular, fue objeto de tratamiento singularizado en la resolución recurrida (FD 6) y en cualquier caso se tomó como elemento relevante para justificar la imposición de la sanción (FD 4ª). Por otra parte, en nuestra anterior sentencia, antes citada, indicábamos que contrariamente a lo que entendió la recurrente, el Acuerdo del TDC impugnado no resolvió ni siquiera implícitamente dicha cuestión (FD 4 de la misma), por lo que finalmente se confirmó la resolución del TDC que no autorizó el aumento de la obligación de compra mínima al 50%).

QUINTO: El cuarto de los motivos de recurso también debe ser desestimado pues en su planteamiento la recurrente incurre en una petición de principio; en efecto, en los supuestos en los que se concluye que la conducta objeto de enjuiciamiento es constitutiva de una infracción del *art. 6 de la LDC* no cabe plantearse la posibilidad de conceder autorización de tipo alguno por lo que, a al vista de los razonamientos precedentes (FJ 4) no cabe plantearse en este supuesto una infracción de los *artículos 10.1, 4.2 o 10.4 de la LDC*. Por otra parte, tampoco puede aceptarse a los solos efectos de la imposición de la multa y al margen del procedimiento de autorización, que la conducta de la recurrente esté amparada en una causa de justificación orientada hacia el error de prohibición como consecuencia de su creencia en las consecuencias exoneratorias de la *Ley 27/1999 de Cooperativas*, pues dicha norma no sólo no contiene ninguna previsión expresa que le permita o induzca a pensar que su aplicación queda al margen de la legislación sobre defensa de la competencia, sino que su DA 5ª. 7 expresamente señala la subordinación de las cooperativas al régimen de la legislación específica y general en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

SEXTO: Finalmente resta por analizar los motivos quinto y sexto de recurso. En relación al primero de ellos, nuevamente tenemos que pronunciarnos de forma adversa a los intereses de la recurrente, pues el examen del expediente administrativo pone de manifiesto que no se ha incurrido en las vulneraciones procedimentales denunciadas. En efecto, los folios 1309 a 1329, y su contraste con la resolución del TDC ponen de manifiesto que no ha existido la incongruencia denunciada; para que una infracción procesal tenga trascendencia anulatoria debe ir unida a una indefensión material (STC 100/1994), lo que no ocurre en este caso, pues las garantías esenciales del proceso acusatorio se ha respetado (STC 160/1994). Aunque pueda compartirse con la recurrente la existencia una falta de precisión y de determinación en el informe propuesta del Servicio, no por ello se ha causado a la recurrente la indefensión que pretende, pues como señala el Abogado del Estado la lectura del informe propuesta no deja lugar a dudas sobre las consecuencias que podían derivarse para la recurrente en orden a la imposición de multa, confirmado por la referencia al *art. 46 de la LDC* que aunque pueda calificarse de referencia genérica no por ello implica una ausencia de motivación a la posibilidad de imponer una sanción como consecuencia de los hechos imputados, con lo que debe decaer dicho argumento. Por otra parte, atenúa la ciertamente poco precisa actuación del TDC el hecho de que la recurrente contara con asistencia letrada, dato relevante para mitigar los efectos de la falta de concreción denunciada.

Finalmente, tampoco se ha infringido el principio de proporcionalidad, pues el TDC tuvo en cuenta las circunstancias del caso como se desprende del FJ 7 de su resolución (corta duración de la ejecución de la conducta y petición de autorización singular), y además la sanción de impuso en su grado mínimo.

SÉPTIMO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA*.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de

indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.