

RESOLUCIÓN (Expte. A 277/00, Compra Mínima COFAS)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 26 de marzo de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada arriba y siendo Ponente el Vocal Sr. Comenge Puig, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente A 277/00 (2123/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC) iniciado como consecuencia de la solicitud de autorización singular, formulada al amparo del artículo 4 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por Cooperativa Farmacéutica Asturiana S. Coop. (COFAS) para la modificación de sus Estatutos en relación con la obligación de compra mínima de los socios.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 1 de febrero de 2000, tuvo entrada en la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia escrito de la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop., (en adelante COFAS), por el que notificaba la decisión de su Consejo Rector de proponer a la Asamblea General Ordinaria a celebrar en mayo de 2000 la modificación de sus Estatutos Sociales en lo relativo a la obligación de compra de los socios de la Cooperativa y formulaba, con carácter subsidiario, solicitud de autorización singular para dicha modificación (folios 1-111 expdte. SDC).
2. Mediante Providencia del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de fecha 18 de febrero de 2000, se acordó la admisión a trámite de la solicitud y la incoación de expediente que

quedó registrado con el n° 2.123/00, nombrando, a su vez, Instructora y Secretaria (folio 124 expdte. SDC).

3. El 18 de febrero de 2.000 la Instructora dispuso que se formalizase una nota extracto a los efectos del trámite de información pública a que se refiere el artículo 38.3 de la LDC y artículo 5 del Real Decreto 157/1992), publicándose el aviso en el B.O.E. n° 51, de 29 de febrero de 2000 (folio 136 expdte. SDC), sin que como consecuencia de ese trámite se produjeran comparecencias o alegaciones por parte de terceros.
4. Con fecha 22 de febrero de 2000 se solicitó al Instituto Nacional del Consumo el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios previsto en el artículo 38.4 de la Ley 16/1989 y artículo 5 del Real Decreto 157/1992 (folio 127 expdte. SDC).
5. El 23 de marzo de 2000 se recibió en el Tribunal el expediente 2123/00 del SDC, unido a un informe en el que el Servicio estimaba que la solicitud notificada por COFAS no era susceptible de autorización al amparo del artículo 3.1 LDC.
6. El Tribunal admitió a trámite el expediente mediante Providencia de 27 de marzo de 2000.
7. El 12 de abril de 2000 el SDC remitió al Tribunal el informe del Consejo de Consumidores y Usuarios que muestra su oposición a la modificación solicitada por COFAS por *“entender que supone una limitación de la oferta e ir, por tanto, en contra del interés de los consumidores”*.
8. El 26 de abril de 2000 COFAS presentó alegaciones dejando constancia de su desacuerdo con el contenido del informe del Servicio.
9. El Tribunal consideró la procedencia de abrir la tramitación contradictoria que regula el artículo 10.a del R.D. 157/1992 poniendo de manifiesto el expediente al solicitante mediante Providencia de 27 de septiembre de 2000 para que, en el plazo de quince días, el solicitante y el Servicio propusieran pruebas y pudieran solicitar la celebración de Vista.
10. Por Providencia de 6 de noviembre de 2000 se consideró procedente la incorporación al expediente de las pruebas documentales propuestas por COFAS en su escrito de 20 de octubre de 2000, concediéndole

plazos sucesivos de diez y quince días para la valoración de prueba y la formulación de conclusiones, respectivamente.

11. Con fechas 21 de noviembre y 11 de diciembre de 2000, respectivamente, COFAS presentó su valoración de la prueba y sus conclusiones.
12. El Pleno del Tribunal, en su sesión del 13 de marzo de 2001, deliberó y falló sobre este expediente, encargando la redacción de la Resolución al Vocal Ponente.
13. Es interesada :
 - Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. COFAS solicita autorización singular para el acuerdo de su Asamblea General que modifica el artículo 9.B de sus Estatutos Sociales elevando la cantidad mínima que los socios deben adquirir de COFAS desde el 35% al 50% de sus posibilidades totales de compra en cada ejercicio.

Según la notificación de COFAS el socio cooperativo que no cumpla con la obligación mínima de compra no tendrá acceso a ciertos derechos económicos y sociales de la Cooperativa como ofertas especiales, descuentos por pedidos *dentro de hora*, descuentos en los pedidos de reposición, devoluciones sin cargo o penalización y servicios accesorios (asesoría fiscal gratuita, utilización de apartamentos propiedad de la Cooperativa, seguro de responsabilidad civil gratuito, programas informáticos de farmacia y cursos de laboratorio) estando, asimismo, previsto que este incumplimiento sea tipificado en los Estatutos como falta muy grave (folios 6 y 121 expdte. SDC).

2. En su escrito de conclusiones COFAS solicita la autorización sólo de forma subsidiaria ya que alega que el mencionado acuerdo de modificación estatutaria está autorizado por el artículo 2 LDC al resultar de la aplicación del artículo 15 de la Ley 27/1999, de Cooperativas, que establece como obligación de los socios el *participar en las actividades cooperativizadas que desarrolla la cooperativa para el cumplimiento de su fin social en la cuantía mínima obligatoria establecida en sus Estatutos*.

Esta alegación había sido ya presentada ante el SDC quien la desestimó recordando la doctrina de este Tribunal expresada, entre otras, en la Resolución TDC de 16 de enero de 1995 (Expdte. r 98/94), que señala: *"esta previsión legal no puede dar lugar sin más al juego del artículo 2.1. LDC que declara inaplicables las prohibiciones de su artículo 1 cuando las conductas en él descritas resulten de la aplicación de una Ley o un Reglamento de aplicación de la Ley; por el contrario, el art. 2 hay que entenderlo de aplicación cuando la Ley o Reglamento a que se refiere está regulando expresamente el funcionamiento de un mercado determinado en el que se permite la restricción o impedimento de la competencia en atención a otros intereses generales protegidos por esas normas y en las circunstancias y con los requisitos que en las mismas se determinen. Lo contrario supondría admitir que cualquier pacto acogido a una de las múltiples figuras contractuales previstas en nuestro ordenamiento jurídico o a cualquiera que los intervinientes pudiesen establecer al amparo del principio general de libertad consagrado en el art. 1255 del Código Civil estaría amparado por la excepción"*.

El Tribunal considera, además, que aunque, en efecto, la Ley de Cooperativas obligue a los socios a cumplir la cuantía mínima establecida en los Estatutos; el acuerdo para establecer éstos o para reformarlos debe ser autorizado por el TDC si contiene, como en este caso, cláusulas restrictivas de la competencia.

3. En sus alegaciones iniciales ante el Tribunal, COFAS mostraba su desacuerdo con el Informe del Servicio por considerar, fundamentalmente, que COFAS no tiene posición de dominio y que el Servicio ha efectuado una apreciación errónea del mercado geográfico relevante.

El Tribunal no puede acoger estas alegaciones que ya se habían planteado en el expediente 470/99, COFAS porque en su reciente Resolución de 1 de septiembre de 2000 el TDC ya ha establecido tanto la delimitación geográfica del mercado relevante como la posición de dominio de COFAS en el mismo. Los siguientes párrafos pertenecientes, respectivamente, a los fundamentos de derecho 2 y 3 de dicha Resolución resumen la argumentación del Tribunal:

".... 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."

"... 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"

Alega también COFAS, como hechos nuevos producidos tras la publicación de la mencionada Resolución del Tribunal, la reciente adquisición de su competidor CFASA por una empresa multinacional así como la apertura por COFARES de un almacén en Asturias. Aun aceptando que estos hechos constituyen indicios de que COFAS pueda tener que enfrentar en el futuro una competencia más vigorosa, no por ello es admisible que recurra a técnicas de fidelización forzosa (forzosa, en la medida en que el incumplimiento de la obligación de compra mínima conlleva las consecuencias que se exponen en el segundo párrafo del primer fundamento de derecho) para *blindarse* en su fuerte posición dominante.

4. El Tribunal no valora las pruebas documentales presentadas por COFAS de la misma forma en que ésta lo hace.

En la primera prueba el Director Gerente de COFAS certifica que el 75% de los socios efectúa al menos el 50% de sus compras a esta Cooperativa, siendo el nivel medio de compras de los socios superior a este porcentaje.

Para el solicitante esta prueba indica que la autorización no conllevará ningún cambio sustancial de la estructura de mercado ni en el comportamiento de los socios, que continuarán siendo libres para adquirir gran parte de sus suministros de otros proveedores.

El Tribunal considera, por el contrario, que, si con una obligación de compra del 35% COFAS vendía el 70% del total, la ampliación al 50% de la obligación de compra no afectará a la mayoría que ya adquiría una cantidad mayor pero obligará a incrementar sus compras a la

cuarta parte de los socios que aún no alcanzaban este porcentaje, con gran posibilidad de que disminuya la cantidad disponible para la competencia con otros mayoristas competidores.

5. La segunda prueba presentada por COFAS es el texto de la Decisión de la Comisión de 9/3/99, asunto IV/M 1313 *Danish Crown/Vestjyske Slagterier* en un procedimiento de concentración de cooperativas danesas productoras de ganado porcino.

El solicitante señala que el 85% de compra mínima autorizado en este caso por la Comisión es muy superior al que COFAS solicita.

Para el Tribunal ambos casos no son comparables, no sólo por tratarse de mercados de productos muy diferentes, sino, sobre todo, porque la entidad resultante de la concentración de cooperativas danesas no tendrá posición dominante ni en el mercado de porcino fresco ni en el de productos derivados (fundamentos 236 y 238 de la Decisión) y porque el porcentaje del 85% autorizado es, en realidad, un compromiso para autorizar la fusión por la que las cooperativas renuncian al 100% de que antes disponían (fundamento 234).

6. Presenta COFAS como tercera prueba un informe de su Consejo Rector en el que explica los proyectos de expansión a otros territorios distintos de Asturias ya que está actualmente en disposición de ofrecer el mismo tipo de servicios, y con la misma regularidad, a las farmacias de Asturias, Cantabria y otras provincias limítrofes de Asturias.

Para el solicitante esto prueba que el mercado relevante geográfico es, como mínimo, Asturias y Cantabria y no sólo Asturias, como estableció el Tribunal en reciente expediente sancionador.

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

que se derivan de diferencias considerables de las cuotas de mercado de las empresas.

7. El acuerdo por el que COFAS establece en sus Estatutos el aumento desde el 35% al 50% de la compra mínima obligatoria supone consolidar, desde una posición dominante, la barrera de entrada de producto disponible para la competencia con otros mayoristas de medicamentos y supone también un entorpecimiento de la competencia en precio entre las oficinas de farmacia (en la medida en que esta competencia va siendo legalmente posible), que se ven más estrechamente vinculados al mismo suministrador.

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

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

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

Por todo ello, el Tribunal considera que no procede autorizar el acuerdo propuesto por el Consejo Rector a la Asamblea General de COFAS que establece en sus Estatutos el aumento desde el 35% al 50% de la compra mínima obligatoria y que, en aplicación del artículo 46.3 LDC, resulta necesario intimar a la empresa solicitante para que desista de

inmediato en la aplicación de tal acuerdo y para que proceda a reponer el correspondiente artículo de los Estatutos a su redacción anterior. El Tribunal considera, asimismo, que debe ordenar a COFAS el traslado de esta Resolución a todos sus socios.

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

HA RESUELTO

1. No autorizar la modificación de los Estatutos Sociales de la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop. consistente en elevar la obligación de compra mínima desde el 35% al 50% de las posibilidades totales de compra de los socios en cada ejercicio.
2. Intimar a la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop. para que, en el caso de que hubiera procedido a la aplicación provisional del acuerdo notificado, cese en la exigencia a sus socios de una compra mínima del 50% a partir de la notificación de la presente Resolución.
3. Intimar a la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop. para que, en el caso de que hubiera procedido a la aplicación provisional del acuerdo notificado, proceda, en el término de tres meses a partir de la notificación de la presente Resolución, a restablecer la exigencia estatutaria de compra mínima a un nivel que no supere el 35% anteriormente establecido, previniéndole de que si desobedece estas intimaciones incurrirá en las sanciones previstas en el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia.
4. Ordenar a la Cooperativa Farmacéutica Asturiana, S. Coop. que, en el término de un mes a partir de la notificación de la presente Resolución, traslade copia de la misma a todos sus socios.
5. Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia de lo dispuesto en esta Resolución y la inscripción en el Registro de Defensa de la Competencia de la propuesta de acuerdo de modificación estatutaria notificada en los folios 4 y 5 del expediente del Servicio.
6. La justificación de lo ordenado en esta Resolución se hará ante el Servicio de Defensa de la Competencia.

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