



AUDIENCIA NACIONAL
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección : 006
MADRID

PO565 OFICIO DEVOLVER EXPEDIENTE Y CERTIFICACION SENT

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2009 0005331
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000460 /2009 MD**
Recurrente: ENDOMED SOLUCIONES ENDOSCOPICAS, S.L.

Ref.: Adjunto copia de oficio para su localización.

Habiéndose declarado firme la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo anotado al margen, adjunto tengo el honor de remitir testimonio de la misma a fin de que se lleve a puro y debido efecto lo en el acordado, se adopten las resoluciones que procedan y se practique cuanto exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, con devolución del expediente administrativo, rogando asimismo acuse de recibo.

En MADRID, a veintitrés de Marzo de dos mil doce.

EL SECRETARIO JUDICIAL

FDO.: VICTOR GALLARDO SANCHEZ

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA .

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000460/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04751/2009
Demandante: ENDOMED SOLUCIONES ENDOSCÓPICAS SL
Procurador: D. SANTIAGO TESORERO DÍAZ

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: OLYMPUS MEDICAL SYSTEMS EUROPA GMBH
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a veintidos de noviembre de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 460/09 que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ENDOMED SOLUCIONES ENDOSCÓPICAS SL** representada por el Procurador D. Santiago Tesorero Díaz contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 15 de junio de 2009 (expediente S/0034/08) sobre conductas prohibidas por el artículo 2 de la LDC (Ley 15/2007). La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. Ha intervenido como codemandada Olympus Medical Systems Europa

GMBH representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO: El 29 de julio de 2009 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto indicado en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 15 de diciembre de 2009 la parte solicitó:

1) *“anule y deje sin efecto alguno el acto administrativo impugnado consistente en “no incoar expediente sancionador y archivar las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por Endomed Soluciones Endoscópicas SL contra la empresa Olympus Medical Systems Europe GmbH por una supuesta conducta prohibida por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia consistente en la negativa de Olympus, desde una supuesta posición dominante en el mercado de endoscopia a nivel nacional, a vender recambios, manuales, y herramientas de Endomed”.*

2) *de conformidad con lo solicitado en el escrito de denuncia, imponga a Olympus Medical Systems Europa el cese de su conducta y la remoción de los efectos de la misma, declarando la deslealtad del acto la obligatoriedad de suscribir los “términos y condiciones” como condición indispensable para la venta de recambios e imponiéndole la obligación de suministrar a la mercantil ENDOMED SOLUCIONES ENDOSCOPICAS SL, las piezas de recambio que ésta precise de los aparatos endoscópicos flexibles de la marca Olympus que comercializa, con la imposición en su caso de las sanciones que en derecho procedan, y la imposición de costas a la demandada”.*

Se emplazó al Abogado del Estado y a la codemandada Olympus Medical Systems Europe GmbH para que contestaran la demanda presentando escritos el Abogado del Estado (11 de febrero de 2010) y Pfizer (15 de marzo de 2010) en el que solicitaron la desestimación del recurso.

Solicitado el recibimiento a prueba, y practicadas las declaradas pertinentes y una vez presentadas conclusiones quedaron el 14 de junio de 2011 las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 8 de noviembre de 2011

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El acto impugnado es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 15 de junio de 2009 dictada en el expediente S/0034/08 OLYMPUS MEDICAL SYSTEMS EUROPA que acuerda:

“No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por ENDOMED SOLUCIONES ENDOSCÓPICAS, S.L. (ENDOMED), contra la empresa OLYMPUS MEDICAL SYSTEMS EUROPA GMBH (OMSE) por una supuesta conducta prohibida por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia consistente en la negativa de OLYMPUS, desde una supuesta posición dominante en el mercado de endoscopia a nivel nacional, a vender recambios, manuales y herramientas a ENDOMED”.

SEGUNDO: Pretende el recurrente que además de anular el acto se imponga a Olympus el cese en la conducta denunciada y se declare la “deslealtad” de dicho acto, así como se le imponga a Olympus la obligatoriedad de suministrar las piezas de recambio que precise y las sanciones que procedan.

Estas pretensiones que exceden de la mera anulación del acto a las que se hace referencia en el apartado 2 del suplico de la demanda que se han reproducido literalmente en los antecedentes de hecho de esta sentencia no pueden ser examinadas en este recurso. Hay que tener en cuenta que en este caso no se ha dictado una resolución del órgano administrativo competente que verse sobre el fondo de los hechos denunciados sino que se acuerda el archivo de la denuncia al no apreciar indicios de infracción. Por tanto no se pueden admitir esas pretensiones ya que este órgano judicial del orden jurisdiccional contencioso-administrativo no puede dictar ese pronunciamiento sin la incoación previa de un procedimiento administrativo por parte de la Comisión Nacional de la Competencia en el que las partes hayan tenido oportunidad de realizar alegaciones y presentar las pruebas oportunas. Por otra parte no se trata de una demanda planteada ante el Juzgado de lo Mercantil al que el artículo 86 ter apartado 2 de la LOPJ atribuye la competencia para conocer cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: f) De los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su derecho derivado, así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia.

Por tanto esta Sala no se va a pronunciar sobre si ha existido una vulneración del artículo 82 de la LDC sino que va a examinar si la resolución de archivo está motivada y los argumentos que se exponen no incurren en error de derecho o se basan en hechos materialmente inexactos. En este sentido la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de febrero de 2001 (asunto T-115/99) al hacer referencia al control jurisdiccional de las resoluciones de la Comisión de archivo de denuncias por falta de interés comunitario indica en su apartado 32 *“La facultad discrecional de que dispone la Comisión a este respecto, no está exenta de límites. Por un lado la*

Comisión está sujeta al deber de motivación cuando se niega a proseguir el examen de una denuncia, y esa motivación debe ser suficientemente precisa y detallada para permitir al Tribunal de Primera Instancia ejercer un control efectivo sobre el ejercicio por la Comisión de su facultad discrecional de definir prioridades” y en cuanto al control jurisdiccional señala en el apartado 34 que “tiene la finalidad de comprobar que la Decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de Derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación, ni de desviación de poder”.

TERCERO: Hay que matizar que la conducta denunciada no es exactamente como indica la parte dispositiva de la resolución recurrida *“la negativa de Olympus, desde una supuesta posición dominante en el mercado de endoscopia a nivel nacional, a vender recambios, manuales y herramientas a ENDOMED”* sino el condicionar esa venta a ENDOMED al cumplimiento de una serie de condiciones de calidad y formación incorporadas en las denominadas *“Terms&Conditios for the supply of repair parts, technical documentation and specialized servicing equipment y Terms& Conditions for the provision of technical training”* que hasta entonces solo las cumplían las empresas que formaban parte de su grupo y sus distribuidores exclusivos en los países que no estaba presentes.

Por otra parte tiene gran relevancia que el hecho que se archiva no es que Olympus condicione con carácter general el suministro de piezas de repuesto a reparadores independientes a que acepten unos términos y condiciones sino el condicionar esa venta a un reparador independiente ENDOMED que hasta la fecha había hecho reparaciones de endoscopios Olympus sin existir incidencia alguna.

En este caso la resolución objeto del recurso no archiva la denuncia en ejercicio de la discrecionalidad de que dispone la CNC para iniciar un expediente sancionador cuando lo considere oportuno, ni por razones de organización de la entidad sino en base a una análisis jurídico y fáctico del que concluye la compatibilidad de la conducta denunciada con la normativa de competencia. A tal efecto efectuó varios requerimientos de información a Olympus, Endomed y diversos hospitales públicos y empresas del sector que se dedican al mantenimiento de endoscopios, además de la consulta de numerosos boletines oficiales en los que se convocaban concursos para la adquisición de endoscopios y la normativa aplicable.

La resolución recurrida considera que aunque OLYMPUS tuviera posición de dominio en la fabricación y distribución de endoscopios flexibles o en el suministro de piezas de recambio OLYMPUS para su reparación no existen indicios de abuso. Para ello se remite a las orientaciones de la Comisión Europea en materia del artículo 82 indicando que para concluir que una negativa de venta produce efectos negativos sobre la competencia debe estudiarse: a) necesidad del input para la competencia aguas abajo, b) eliminación de la competencia efectiva en el mercado aguas abajo c) daños al consumidor y d) generación de eficiencias (ausencia de justificación objetiva). Entiende que en este caso no existen indicios de abuso por lo siguiente:

- a) No todas las piezas de recambio deben ser necesariamente suministradas por OLYMPUS.

b) Visto el funcionamiento del mercado de la reparación y mantenimiento no parece plausible que la negativa de venta a ENDOMED produzca una eliminación de la competencia efectiva en el mismo.

c) Esa negativa de venta no significa la expulsión de ENDOMED de la reparación de endoscopios ya que a) puede optar por someterse a los estándares de calidad que OLYMPUS marca y que no son discriminatorios con respecto a los que exige a sus propias filiales b) repara endoscopios de otras marcas c) para determinadas reparaciones existen alternativas de suministro en el mercado (un 30-40% de las piezas adquiridas por Endomed procede de terceros suministradores y d) Endomed puede realizar reparaciones menores sin necesidad de recambios originales de la marca Olympus, siendo el porcentaje de reparaciones menores el 50-60% de las reparaciones más comunes.

d) No hay evidencia de daños a los consumidores sino que más bien pudiera pensarse que la exigencia del cumplimiento de los Términos y Condiciones, al conllevar un control más estricto de los procedimientos de reparación se traduzca en un mejor rendimiento de los equipos reparados y, en consecuencia, en un mejor diagnóstico, lo que redundaría en beneficio de los pacientes/consumidores finales.

e) La modificación de la política de calidad *“viene motivada por la existencia de determinadas reparaciones deficientes que pueden dañar la reputación de su marca, pues una reparación mal efectuada puede causar perjuicios a la marca Olympus, a su cartera de pedidos y en consecuencia, a su facturación, lo que podría afectar a su nivel de gastos en I+D”*.

CUARTO: En lo que concierne al abuso de posición dominante en forma negativa de abastecimiento, la sentencia Bronner asunto C-7/97 tal como señala la parte codemandada establece que dicho abuso puede cometerse cuando una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado (ascendente) se niega a abastecer a un competidor en un mercado afín o descendente con productos que son indispensables para el ejercicio de las actividades del competidor, siempre que se cumplan estos requisitos a) la denegación no pueda justificarse objetivamente; b) la denegación pueda eliminar toda competencia en el mercado por parte de quien pide el producto y c) el producto sea indispensable para el ejercicio de la actividad del competidor, en el sentido de que no haya ninguna posibilidad realista de crear una alternativa potencial.

QUINTO: La negativa de una empresa que ostenta una posición dominante a abastecer a empresas situadas en la fase inmediatamente siguiente puede estar objetivamente justificada. En este caso como vamos a examinar:

1) El concepto de justificación objetiva no viene determinado por la existencia una legislación nacional o comunitaria que establezca expresamente

el cumplimiento de unas determinadas condiciones en el sistema de reparación de ese producto para garantizar la salud de los consumidores del producto.

2) El concepto de justificación objetiva no viene determinado por proteger la marca del fabricante debido a la existencia de reparaciones deficientes por parte de los reparadores independientes. Es relevante tener en cuenta que el hecho denunciado y que se archiva no es que Olympus condicione con carácter general el suministro de piezas de repuesto a reparadores independientes a que acepten unos términos y condiciones sino el hecho de condicionar esa venta a un reparador independiente ENDOMED que hasta la fecha había hecho reparaciones de endoscopios Olympus sin existir incidencia alguna.

3) El concepto de justificación objetiva no viene determinado por lo dispuesto en el párrafo 56 de las Directrices sobre restricciones verticales de la Comisión Europea.

Estos apartados se analizan en los fundamentos de derecho siguientes.

SEXTO: El concepto de justificación objetiva en este caso no viene determinado por la existencia una legislación nacional o comunitaria que establezca expresamente el cumplimiento de unas determinadas condiciones en el sistema de reparación de ese producto para garantizar la salud de los consumidores del producto. En este sentido no se cita en la resolución de la CNC ninguna norma nacional o comunitaria que declare a dichas empresas responsable de las reparaciones efectuadas por terceros ni tampoco que obligue a la empresa fabricante de los endoscopios a supervisar de forma universal los procedimientos de reparación de ese producto o que la reparación de esos productos deba hacerse por el servicio técnico autorizado por dicho fabricante. Así la CNC hace referencia al artículo 5.2 y 25 y apartado g) del anexo II del Real Decreto 414/1996 de 1 de marzo por el que se regulan los productos sanitarios y se traspone la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (ha sido derogado por RD 1591/2009 de 16 de octubre). Como reconoce el propio codemandado (folio 22 del escrito de conclusiones) *"en cuanto a las obligaciones del fabricante en el marco del sistema de vigilancia instaurado por la Directiva 93/42/CEE de productos sanitarios, ni la resolución de la CNC, ni esta parte han pretendido como afirma el recurrente que esta Directiva "responsabiliza al fabricante de los daños derivados del uso de endoscopios que se puedan producir en los pacientes".....estas obligaciones del fabricante consisten en llevar a cabo determinadas acciones una vez que tiene noticia de la existencia de un incidente relacionado con el producto de que se trate, tales como investigar los incidentes que le sean notificados y adoptar medidas correctoras al efecto" para lo cual el fabricante necesita poder determinar cuál ha sido la causa del incidente"*. En efecto

1. El artículo 5.2 del Real Decreto 414/1996 establece las condiciones generales de comercialización indicando que *"Los productos sanitarios y los productos sanitarios a medida sólo pueden comercializarse y ponerse en servicio si, al estar correctamente instalados y al ser mantenidos y utilizados*

conforme a su finalidad prevista, no comprometen la seguridad ni la salud de los pacientes, de los usuarios ni, en su caso, de terceros".

2. El artículo 25 hace referencia al sistema de vigilancia que establece que *"1. Cuando, con ocasión de su actividad, los profesionales sanitarios, las autoridades inspectoras, los fabricantes o los responsables de los productos advirtieran cualquier disfunción, alteración de las características o de las prestaciones del producto, así como cualquier inadecuación del etiquetado o del prospecto que pueda o haya podido dar lugar a la muerte o al deterioro grave del estado de salud de un paciente o de un usuario, deberán comunicarlo a la Dirección General de Farmacia y de Productos Sanitarios, donde dichos datos se evaluarán y registrarán. Esta comunicación se realizará sin perjuicio de la que, en su caso, sea exigida por la autoridad sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente. El fabricante será informado de estos hechos. 2. Igualmente, el fabricante o cualquier otro responsable del producto notificará la retirada del mercado de un producto ocasionada por razones de carácter técnico o sanitario relacionadas con alguna de las circunstancias señaladas en el apartado anterior."*

3. El Anexo II de la norma (Sistema completo de garantía de calidad) se dice literalmente: *"g) Un compromiso por parte del fabricante de establecer y mantener actualizado un procedimiento sistemático para revisar la experiencia adquirida con los productos en la fase posterior a la producción y para emplear los medios oportunos para aplicar las medidas correctivas necesarias. El compromiso incluirá la obligación, por parte del fabricante, de informar a las autoridades competentes sobre los siguientes hechos tan pronto como tenga conocimiento de los mismos: 1º cualquier funcionamiento defectuoso o alteración de las características o de las prestaciones."*

En este sentido es significativo que la propia Olympus en el *"Manual sobre el método endoscopia"* editado por Olympus Europa en junio de 2006 en el apartado correspondiente a reparaciones (pagina 76 relativa a reparaciones, folio 210 del expediente administrativo) señale que Olympus no se hará responsable de la seguridad, fiabilidad y rendimiento del producto que no haya sido reparado por un Servicio Técnico Autorizado por Olympus, indicando que *"sí el mismo usuario intenta reparar una avería o si se hace en un servicio técnico no autorizado, se perderá la garantía y Olympus Winter & Ibe no se hará responsable"*.

Por otra parte la propia Olympus España SAU reconoce que *"es preciso señalar que en ninguno de los dos casos, hospitales públicos o clínicas privadas y médicos, existe obligación por parte del cliente de concluir contratos de mantenimiento con Olympus"*. (folio 745 del expediente administrativo).

Se invoca igualmente el anexo II.3.1. de la Directiva que dispone el compromiso del fabricante de establecer y mantener actualizado un procedimiento sistemático para revisar la experiencia adquirida con los productos en la fase posterior a la producción pero como señala el demandante ello podría conseguirse sin necesidad de la suscripción de los términos y condiciones sino solicitar a los reparadores de Endomed que junto con la entrega de los recambios que se les vende, informen de

la tipología de las averías, reparaciones y demás actuaciones que realicen con los aparatos.

SEPTIMO: Tampoco en este caso (se insiste en este caso y no con carácter general) se puede admitir como justificación objetiva de las limitaciones impuestas al suministro de piezas la protección de la marca del fabricante al existir reparaciones deficientes por parte de los reparadores independientes. Es relevante insistir de nuevo en que el hecho denunciado y que se archiva no es que Olympus condicione con carácter general el suministro de piezas de repuesto a reparadores independientes a que acepten unos términos y condiciones sino el hecho de condicionar esa venta a un reparador independiente ENDOMED que hasta la fecha había hecho reparaciones de endoscopios Olympus sin existir incidencia alguna.

Olympus manifestó durante la tramitación del expediente que ese sistema de condicionar la venta de recambios al cumplimiento de las Terms&Conditios se adoptó *“como consecuencia de la constancia de reparaciones deficientes realizadas en 2004 y 2005 que afectaron a la cotización en bolsa”*. No existe certeza fehaciente de tales hechos sino que al contrario la parte demandante aportó indicios que ello no consta acreditado.

a) En el escrito de contestación a la demanda Olympus hace referencia a que en el año 2001 se produjeron casos graves de contaminación cruzada que afectaron a la cotización en Bolsa (documento n° 2 y 4). Como señala la parte demandante la contaminación de determinados pacientes en centros hospitalarios de USA que se habían sometido a pruebas realizadas con esos aparatos parece en principio a la vista de lo dispuesto en <http://www.recalls.org/3-02html> que no fue debida a un problema de reparación sino que se trató de un problema de diseño de unos determinados modelos de vídeo broncoscopios y que llevó a Olympus América a realizar un retiro voluntario de esos aparatos al objeto de reemplazar una determinada pieza. Por otra parte tampoco se observa que afectara a la cotización bursátil a la vista de la prueba aportada por Endomed consistente en un gráfico sobre la cotización bursátil de la compañía Olympus desde el año 1998 hasta 2010 en que se compara la evolución de los principales índices bursátiles estadounidenses: Stándar and Poor’s 500, Dow Jones y Nasdaq junto con la cotización de la empresa Olympus y en el que se puede apreciar que la cotización de las acciones de Olympus en el año 2001 es pareja a la evolución del resto de los índices bursátiles.

b) En cuanto a reparaciones deficientes del año 2004 y 2005 aportó Olympus para acreditarlas a la Dirección de Investigación un documento titulado *“Damages on Olympus Endoscopes-Caused by TPRC Repairs. Version 2: May, 2008”* en el que se muestran fotografías de reparaciones deficientes (se aporta también como documento n° 1 al escrito de contestación a la demanda). Se desconoce si se trata de una mera ilustración hipotética de las posibles deficiencias en las reparaciones o de deficiencias reales detectadas una vez el aparato reparado se devolvió a su propietario. En el caso de que fueran reales se desconoce si fueron realizadas por reparadores independientes, por Olympus o sus servicios autorizados o incluso por operarios en práctica en el proceso de aprendizaje sobre aparatos ya en desuso. Por otra parte este documento es de mayo de 2008, por lo que no consta que sean

reparaciones anteriores a la fecha en que se dice se adoptó a consecuencia de las reparaciones defectuosas la medida de limitar la venta de sus repuestos a las empresas que cumplan unos determinados estándares de calidad. Del examen de ese documento no se puede por tanto deducir que en el año 2004 y 2005 se produjeron reparaciones deficientes.

c) Hace referencia la parte codemandada en el escrito de contestación a la demanda a que recientemente las autoridades alemanas mandaron a Olympus dos requerimientos de información en relación a dos reparaciones defectuosas realizadas por reparadores que no se habían adherido al sistema de calidad de Olympus (en un caso Endomobil GmbH y la otra Endorepair). En ambos casos indica que las reparaciones se habían llevado a cabo sin respetar los procedimientos de reparación de Olympus, poniendo seriamente en peligro la seguridad de los pacientes. En relación a esta afirmación indicar que

1) Como se observa esos requerimientos de información dirigidos a Olympus son de 17 junio de 2009 y 16 de febrero de 2010 por lo tanto no existían cuando se investigaron los hechos. (el 2 de marzo de 2007 Olympus comunica a Endomed las nuevas condiciones de suministro, el 17 de enero de 2008 se presenta la denuncia a la CNC y se archiva el 15 de junio de 2009). Como señala el propio codemandado en el escrito de conclusiones debe dilucidarse si la resolución recurrida estaba o no ajustada a derecho en el momento de su adopción.

2) El hecho de que aporte sólo dos requerimientos de información y además posteriores a la fecha de la resolución recurrida, parece indicar que en la fecha en que exigió a los reparadores independientes (marzo de 2007) unos determinados estándares de calidad no existía constancia de reparaciones deficientes por reparadores independientes ya que ante la Dirección Investigación de Defensa de la Competencia sólo se aportó el documento aportado como documento nº 1 al escrito de contestación a la demanda. Esta afirmación viene acreditada por el hecho de que practicada prueba se aportó informe de 25 de junio de 2010 de la de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) dependiente del Ministerio de Sanidad en el que se indica que el único antecedente relacionado con aparatos del tipo de los que son objeto del presente procedimiento es el expediente 4427 que se inicia en fecha de 22 de marzo de 2006 en el que se concluyó que la causa del daño producido en el paciente se debió a un fallo humano de un técnico de reparaciones de endoscopios del único servicio oficial de la propia marca Olympus en España que por error invirtió la colocación de los tubos de aspiración y expulsión de la bomba desinfectante en el aparato que tenía por objeto la desinfección del endoscopio.

3) En el caso de la reparación realizada por Endomobil el testigo D. Jordi Espín en periodo de prueba aportó resolución de la autoridad sanitaria alemana que eximía de responsabilidad a dicha empresa reparadora en la que se indica que: *"Hago referencia a la notificación de incidente DIMDI-con el número 2137-09. Se trataba en este caso de un desprendimiento en el extremo distal de un broncoscopio. El broncoscopio en cuestión había sido reparado por la empresa EndoMobil GMBH. Después de darse a conocer el incidente he intentado visitar*

sin demora su empresa EndoMobil GMBH y también al operador /usuario del broncoscopio, el Hospital Clínico de Itzehoe. En su empresa EndoMobil GMBH no he encontrado indicios que puedan apuntar a una reparación defectuosa o un manejo poco profesional del broncoscopio. Por el contrario, su sistema de gestión de la calidad y la documentación correspondiente, con las correspondientes listas de control relativas a entrada de productos, reparación (incluida revisión) y salida de productos, demuestran el control de calidad sin fisuras. También el manejo de la higiene con el broncoscopio cumplía las directivas en vigor. Por ello considero muy improbable que la causa del incidente del desprendimiento se pueda atribuir a la reparación efectuada por la empresa EndoMobil GMBH". En el escrito de conclusiones la parte codemandada Olympus cuestiona la validez de ese documento ya que ha sido remitida por la autoridad regional (Schleswig-Holstein) en noviembre de 2011. Esta Sala desconoce las competencias de dichos órganos pero claramente en ese documento se indica que la visita se produce sin demora tras conocer el incidente e indica que existe un control de calidad sin fisuras, un control de calidad que no puede impedir que se produzcan de forma puntual incidentes en reparaciones del mismo modo que se ha producido en una reparación efectuado por el servicio autorizado de Olympus en España.

4) En el caso de Endorepair si bien consta acreditado que hubo una deficiencia en la reparación (se encontró un perforador en forma de espiral que no fue advertido en el control final) en la notificación de sucesos realizada por el Clínico Grosshadern se indica que *"la empresa ha reaccionado inmediatamente y ha adoptado medidas en el sentido que a partir de ahora dos técnicos diferentes realizarán el control final, para así excluir errores de este tipo en el futuro"*.

d) La parte recurrente aporta asimismo informe de la Asociación Americana de Endoscopia Digestiva (documental VI del escrito de proposición de prueba) y que consta aportado como documental IV del escrito de denuncia (folio 26 del expediente administrativo) en el que se indica que en toda la FDA no se han hallado casos registrados de incidentes atribuibles a terceras empresas reparadoras lo que decide a la FDA a no tomar una postura de "vigilancia activa" en este asunto.

Por otra parte se insiste en que el hecho denunciado y que se archiva no es que Olympus condicione con carácter general el suministro de piezas de repuesto a reparadores independientes a que acepten unos términos y condiciones sino el hecho de condicionar esa venta a un reparador independiente ENDOMED. Debería otorgarse relevancia al hecho de que Endomed (ESE) no es una empresa sin ningún "currículum" o un currículum deficiente en la reparación de endoscopios o que no hubiera realizada hasta la fecha reparaciones de endoscopios de Olympus sino que *"ESE surge de la externalización del servicio de reparación de endoscopios por parte de la empresa Medical Europa SA, distribuidora de productos de endoscopia de la marca Olympus hasta que en 2001 fue adquirida por Olympus Europa GmbH (folios 2-3; 75)"* (apartado II resolución recurrida). Endomed es una empresa creada en el año 1975, especializada en la reparación de endoscopios flexibles siendo ésta su actividad principal. Tiene más de 30 años de experiencia y ha realizado miles de reparaciones (40.000 según la actora). Por otra parte la actora afirma que propia Olympus subcontrató con Endomed decenas de reparaciones hasta el año 2006

(hecho que no cuestiona la parte codemandada). Por último no consta acreditado incidente alguno en relación a las reparaciones efectuadas por Endomed. Debe tenerse en cuenta que al tratarse de un producto sanitario se debe comunicar por parte de los profesionales sanitarios cualquier disfunción que adviertan en el producto a la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios (hoy a la Unidad de Vigilancia de Productos Sanitarios de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios AEMPS) (artículo 25 RD 414/1996) y en este sentido no consta incidencia alguna referida a Endomed ya que el único incidente producido en España se refiere precisamente a una reparación defectuosa realizada por una empresa autorizada por Olympus. En este sentido Endomed señala que *“la experiencia de prestigio de Endomen del mercado secundario de endoscopios Olympus debe cuanto menos eximirle de los condicionantes que Olympus pretende imponer al mercado en general”*. Por otra parte Endomed señala que la propia Olympus (folio 36 del escrito de conclusiones).

OCTAVO: Señala la resolución recurrida en el fundamento de derecho tercero que *“Debe tenerse en cuenta que la decisión de Olympus puede considerarse objetivamente justificada. Las Directrices sobre restricciones verticales de la Comisión Europea reconocen a los fabricantes libertad para organizar su servicio técnico e imponer condiciones sobre la distribución de piezas de repuesto (párrafo 56)”*. El párrafo 56 de las Directrices relativas a las restricciones verticales (DOC 13 octubre 2000, núm. 291/2000) establece que el fabricante puede imponer restricciones al suministro de piezas de recambio a los reparadores autorizados o que formen parte de su servicio técnico pero no establece que el fabricante puede restringir las ventas a reparadores independientes. Así el contenido íntegro de este párrafo es el siguiente: *“56. La restricción especialmente grave contemplada en la letra e) del artículo 4 del Reglamento de Exención por Categorías se refiere a los acuerdos que impiden o restringen a los usuarios finales, los reparadores independientes y los proveedores de servicios el acceso a las piezas de recambio directamente del fabricante de las mismas. Los acuerdos celebrados entre un fabricante de piezas de recambio y un comprador que incorpora estas piezas a sus propios productos (fabricante de equipo original) no pueden impedir o restringir, ya sea directa o indirectamente, las ventas de estas piezas de recambio por parte del fabricante a los usuarios finales, los reparadores o los proveedores de servicios independientes. Las restricciones indirectas pueden surgir especialmente si se restringe al proveedor de las piezas de recambio el suministro de información técnica y equipo especializado necesarios para la utilización de las piezas de recambio por parte de los usuarios, los reparadores o los proveedores de servicios independientes. No obstante, el acuerdo puede imponer restricciones al suministro de piezas de recambio a los reparadores o proveedores de servicios a los que el fabricante de equipo original ha confiado la reparación o el mantenimiento de sus propios bienes. Dicho de otro modo, es posible que el fabricante de equipo original obligue a su propia red de reparación y servicio a adquirirla a él las piezas de recambio”*.

NOVENO: Otro de los argumentos a que hace referencia la resolución recurrida es que *“No hay evidencia de daños a los consumidores sino que más bien pudiera pensarse que la exigencia del cumplimiento de los Términos y Condiciones, al*

conllevar un control más estricto de los procedimientos de reparación se traduzca en un mejor rendimiento de los equipos reparados y, en consecuencia, en un mejor diagnóstico, lo que redundaría en beneficio de los pacientes/ consumidores finales". No cuestiona esta Sala que las reparaciones de endoscopios realizadas por Olympus o por reparadores independientes con arreglo a sus términos y condiciones están en condiciones de poder retornar los instrumentos a sus especificaciones de origen. Ahora bien que ese hecho se traduzca en un mejor rendimiento de los equipos reparados que si se realiza por un reparador como Endomed es una mera afirmación que no se acompaña de ninguna evidencia. Por otra parte debe tenerse en cuenta que el rendimiento del aparato no depende sólo de las reparaciones sino la pericia del que lo maneja y las labores de mantenimiento. En este sentido se indica en la resolución recurrida que *"según Olympus, las reparaciones más comunes se producen, sobre todo, por el uso intensivo al que está sometido el equipo y por la falta de formación del usuario"* (folio 4 del escrito de demanda).

La resolución recurrida no precisa a que tipo de daño a los consumidores se refiere. Puede entenderse dada la frase que se dice a continuación que la CNC entiende que dicha medida no produce daño a la salud de los pacientes sino que al contrario puede redundar en un beneficio para ellos dado el control mas estricto del procedimiento de reparación. Como hemos señalado anteriormente no consta acreditado que el sistema de calidad instaurado por Olympus para garantizar la seguridad del paciente sea el único o más idóneo que el instaurado por Endomed (ya hemos hecho referencia a su dilatada experiencia, no existencia de incidentes y el hecho de que la propia Olympus le subcontratara para realizar reparaciones). Por ello también *"pudiera pensarse"* que como los hospitales no están obligados a contratar el servicio de reparación con Olympus sino que pueden hacerlo con reparadores independientes o empresas de mantenimiento que a su vez subcontratan a reparadores independientes la calidad de las reparaciones efectuada por empresas reparadoras con experiencia dilatada en el sector sin incidencia alguna puede verse mermada, al no poderse obtener piezas de recambio de Olympus originales. Asimismo tampoco se analiza el hecho de que si la medida adoptada por Olympus no afecta según ella a las reparaciones menores, el riesgo de deficiencias en las reparaciones menores (un 56% del total de las reparaciones) seguiría existiendo por lo que el objetivo de dicha medida de garantizar la seguridad de los pacientes se diluye. Si es menor o igual el riesgo existente según el tipo de reparación que se realice es una cuestión sobre la que existe discusión entre las partes (si bien el perito judicial afirmó que el riesgo es el mismo (folio 583 de los autos), y que en todo caso es difícil de precisar por lo que nos limitamos a indicar que el riesgo que existía subsiste.

DECIMO: El segundo requisito para apreciar la existencia de un abuso de posición de dominio es que la denegación pueda eliminar toda competencia en el mercado por parte de quien pide el producto. En este punto la resolución recurrida indica que *"visto el funcionamiento del mercado de la reparación y mantenimiento no parece plausible que la negativa de venta a ENDOMED produzca una eliminación de la competencia efectiva en el mismo"*. En la propuesta de archivo de la Dirección de Investigación en el apartado b) del fundamento de derecho sexto eliminación de la competencia efectiva aguas abajo indica que *"a la vista de la importancia y del número de reparadores de endoscopios flexibles parece difícil pensar que la*

negativa de venta a ESE produzca una eliminación de la competencia efectiva en el mismo". Para ello parte del hecho de que "los reparadores de endoscopios flexibles son a) los fabricantes de los equipos que están integrados verticalmente, fabrican piezas de recambio y los reparan y b) las empresas mantenedoras o reparadoras que se dedican a la conservación de los equipos. Respecto de la reparación de endoscopios flexibles de la marca Olympus ha quedado acreditado que realizan esta actividad al menos la propia Olympus, (fabricante), ESE, reparadores () y otros (los recogidos en los cuadros 1,2 y 5) (versión no confidencial).

La CNC parte de la premisa de un mercado secundario compuesto por una multiplicidad de empresas que no consta acreditado realicen intervenciones que requieran un cambio de material o que afecten a las características técnicas del endoscopio es decir no realizan labores de reparación sino de mantenimiento. D. Mario Villares Martín Ingeniero Industrial nombrado perito por insaculación en este procedimiento especificó que labores de mantenimiento son "*La comprobación de la correcta estanqueidad, el lavado y desinfección posterior de los endoscopios una vez utilizados en un paciente antes de ser usados en otro*" (folio 580 de los autos) y que estas operaciones se realizan a diario por el personal medico, enfermería y auxiliares sanitarios. Como se recoge en la propuesta de archivo "*Olympus indica que es preciso distinguir entre actividad de reparación y de mantenimiento, por cuanto la reparación implica la afectación de las características técnicas del endoscopio y el mantenimiento no (folio 746 y 750).*"

La DI hace referencia en el cuadro 5 a 6 "*reparadores de endoscopios*". Indica que de esas 6 empresas sólo 3 reparan. Consta que esas 3 que afirma la DI que reparan están integradas en el mismo grupo y ha quedado acreditado a través de la prueba practicada que no realizan técnicamente reparaciones sino operaciones de mantenimiento. La confusión ha podido crearse por el hecho de que la Dirección de Investigación a todas ellas hizo la pregunta siguiente "*¿repara endoscopios de la marca Olympus?*" sin especificar que se entiende por reparar, ni que operaciones concretas realiza sobre los endoscopios para poder determinar si se trata de una operación de reparación o mantenimiento. En período de prueba y a solicitud de la parte recurrente se solicito información a las empresas que habían afirmado reparar endoscopios que manifestaron que las reparaciones que realizan son "*de primera intervención que no demandan cambio de material en las mismas*".

Ello coincide con lo declarado por Olympus. Preguntado por la Dirección de Investigación si ha suministrado piezas de recambio a empresas como Sumisan, Ibérica de mantenimiento y Productos Hospitalarios Solera (pregunta trece) contestó Olympus que "*las empresas a las que se alude en esta pregunta sólo prestan servicios de mantenimiento -esto es- tal y como se señalaba en la respuesta a la pregunta cuatro, servicios que no afectan a las características técnicas del equipo y que, por tanto no conllevan una pérdida de la garantía-, tales como la sustitución de piezas de recambio (p. ej las valvulas con las que se manipulan los endoscopios) que pueden ser sustituidas por los propios hospitales, los cuales reciben formación de Olympus en este sentido. Así las empresas mencionadas en esta pregunta han recibido piezas de mantenimiento de Olympus sin necesidad de convertirse en proveedores de servicios autorizados, dado que dichas piezas no sirven para efectuar reparaciones y su utilización no requiere del status de proveedor de servicios autorizado". (folio 761 del expediente administrativo).*

Olympus distingue entre piezas de mantenimiento y de reparación. Considera que *“cualquier pieza que pueda ser utilizada en un endoscopio sin necesidad de conocimientos, formación o herramientas especializadas”* es de mantenimiento. Las piezas de reparación, sin embargo serían *“aquellas cuya sustitución requiere conocimientos y herramientas especializadas dado que los servicios de reparación suponen una interferencia con las características físicas del endoscopio”* (folio 1055 del expediente administrativo y 11 de la propuesta de archivo). Por otra parte Olympus reconoce que solo a dos reparadores independientes (el denunciante y otro) ha suministrado piezas de reparación y no de mantenimiento. Consta que el otro reparador se ha sometido a las auditorias de Olympus (apartado V, hechos acreditado nº 3 de la propuesta de archivo de la DI) pero no que la haya superado. En este sentido el perito judicial visito a las 3 empresas pertenecientes al Grupo empresarial Electromédico que según la DI realizan reparaciones de endoscopios (en realidad mantenimiento) y recoge que dichas empresas declararon que *“las únicas empresas que pueden reparar los endoscopios son las propias casas fabricantes y ENDOMED en España”*. (folio 591 de los autos).

Por tanto no se considera muy preciso afirmar que por el número de reparadores de endoscopios flexibles *“parece difícil pensar”* que la negativa de venta a ESE produzca una eliminación efectiva de la competencia en el mercado secundario de reparación de endoscopios flexibles.

DECIMOPRIMERO: Hace alusión el codemandado que la conducta de Olympus en ningún caso sería susceptible de eliminar la competencia en el mercado secundario de reparación de endoscopios por la incidencia del mercado primario en el secundario. En este sentido indica que la propia resolución de la CNC señala que los hospitales tienen en cuenta el coste del mantenimiento al licitar la compra de los endoscopios de modo que la posición del fabricante –en este caso Olympus- en el mercado de mantenimiento está relativizada por la competencia existente en el mercado primario de fabricación, porque un hospital podría cambiar de fabricante si los costes de mantenimiento superasen el nivel competitivo dado que los costes de cambio de suministrador no son muy elevados para este tipo de productos. Un aumento moderado del precio de las reparaciones por un determinado fabricante puede causar un desplazamiento de la demanda hacia endoscopios de los demás fabricantes haciendo que ese aumento del precio de la reparación no sea rentable. Se remite al asunto Pelikan/Kyocera citado en el informe de la Comisión Europea sobre la política de competencia (1995) párrafo 86 y también a la decisión de la autoridad británica de defensa de la competencia que desestimó una denuncia por negativa de suministro presentada por KeyMed (perteneciente al grupo Olympus) en el Reino Unido en 2003 (folios 1647-1649 del expediente administrativo).

El razonamiento del codemandado parte de la afirmación realizada por la DI de que *“el coste de mantenimiento de los equipos es un factor importante en la decisión de adjudicación de los mismos”*. Examinado el expediente lo que consta acreditado es que el coste de mantenimiento es elevado en relación al coste de adquisición del producto (Olympus manifestó que es un 20-30% del coste del equipo) pero no consta acreditado que el coste de mantenimiento sea el factor que determina que los hospitales (que son la mayoría de los clientes de Olympus) elijan un endoscopio de

una marca en vez de otra. Por lo tanto no consta acreditado que un aumento moderado del precio de la reparaciones por un determinado fabricante que sea al mismo tiempo reparador puede causar un desplazamiento de la demanda hacia endoscopios de los demás fabricantes. La DI para llegar a esa conclusión señala *"En cuanto a los factores que determinan la adquisición de equipos, varios hospitales han indicado que el coste de mantenimiento es un factor importante en la decisión de adjudicación de los mismos (3)".* En la nota (3) a pie de página indica *"Así la Agencia Valenciana de Salud indica que entre los factores determinantes de la adquisición de un endoscopio flexible en el Hospital Universitario de la Fe se encuentra en el servicio post venta (folio 118) En el mismo sentido se manifiestan el Hospital Universitario La Paz (folio 925) el Complejo Hospitalario Universitario Juan Canalejo (folio 954) y el Hospital Universitario Virgen del Rocío".*

Durante la fase de investigación se solicitó información a varios Hospitales Públicos en concreto a 6 Hospital General Universitario Gregorio Marañón, Complejo Hospitalario Universitario de Santiago, Complejo Universitario La Paz, Complejo Hospitalario Regional Virgen del Rocío, Complejo Hospitalario Juan Canalejo, Hospital Universitario la Fe a los que se les realizaron la siguiente pregunta en relación con el coste de mantenimiento (folio 650 de los autos) Pregunta 2: *"Indique cuales son los factores que determinan en su hospital la adquisición de un endoscopio flexible: el precio, la calidad, el coste de mantenimiento, otros factores (certificaciones de calidad, etc)".* Asimismo aportaron pliego de cláusulas administrativas particulares de contratación Examinado el expediente se observa en cuanto a las respuestas dadas por los Hospitales no existe uniformidad y en todo caso los factores tal como indicó el Complejo Universitario de Santiago de Compostela (folio 769) se encuentran recogidos en los criterios de adjudicación del correspondiente concurso público.

Examinadas las cláusulas de contratación se observa que no existe una uniformidad ni el tipo de contrato, ni en la baremación de los criterios de valoración. Así se observa que en algunos casos el objeto de contratación es sólo el suministro y en otros además el mantenimiento transcurrido el periodo de garantía. Por otra parte dentro de cada tipo tampoco existe uniformidad.

1) Si el objeto del concurso es el suministro del aparato y su mantenimiento sí que se puede afirmar que se tiene en cuenta el coste de mantenimiento para la adjudicación del contrato. Ahora bien la incidencia de ese factor para la adjudicación depende de la ponderación concreta que conste en cada pliego de condiciones por lo que la casuística es muy variada. Así a) El Complejo Universitario de Santiago de Compostela aportó el pliego de cláusulas administrativas particulares de contratación de arrendamiento con opción de compra y mantenimiento de equipamiento de endoscopia digestiva expediente AC-CHS1-08-021) en que fija el presupuesto máximo por sublotes distinguiendo entre el importe del arrendamiento y el importe de mantenimiento. En el apartado 6.2 en cuanto a los criterios de adjudicación del lote 1 (que se refiere a los aparatos de endoscopia) se indica que el precio es un 40% y las mejoras un 60% (las mejoras se refieren a condiciones técnicas del aparato) (folio 787 del expediente administrativo). b) El Hospital Universitario La Paz (folio 898) indica que en el año 2002 se procedió al arrendamiento con opción de compra de endoscopios flexibles a través de un concurso público del que

resultó adjudicataria Olympus Según consta en el pliego de condiciones la ponderación se dividió por orden de importancia en servicio ofertado (tiempo de respuesta, fiabilidad, sistema de reposición) hasta 30, características técnicas del equipo (especialmente calidad de la imagen) hasta 30, estabilidad y calidad de empleo de la empresa (hasta 20), precio (hasta 15 puntos), mejoras hasta 5 (folios 925 y 926). Como se observa en este caso era más prioritario la calidad del servicio de reparación que el coste de la misma.

2) Si el objeto del contrato es el suministro del aparato y no su mantenimiento transcurrido el periodo de garantía, también se puede valorar el servicio técnico que presta el fabricante dado el periodo de garantía gratuita que debe prestar durante el primer año de funcionamiento. Esta garantía es distinta del servicio de reparación que se inicia una vez finalizado el periodo de garantía ofrecido por el fabricante. Por ello en estos contratos que tienen por objeto sólo el suministro, el coste de mantenimiento de los equipos no es el factor determinante de la adjudicación ya que la garantía que presta el fabricante durante ese primer año es gratuita para el Hospital. Por ello lo que se valora es la calidad del servicio post-venta del fabricante y no el coste del mismo. Por ello el hecho de que la Agencia Valenciana de Salud indique que entre los factores determinantes de la adquisición de un endoscopio flexible en el Hospital Universitario La fe se encuentra el servicio post-venta y así se recoge como nota de pie de página (3) de la DI no significa que el factor que determina la adquisición de equipos sea el coste de mantenimiento. En efecto si se examina las respuesta dada por dicha entidad (folio 1018) resulta que la misma manifestó que el Hospital tiene un contrato de mantenimiento integral con una empresa externa de mantenimiento electromédico Iberman SA que ofertó como mejora que las reparaciones de los equipos Olympus las realizará el propio servicio técnico de la marca. Por lo tanto se realizó de forma separada la adjudicación y el mantenimiento.

3) Es cierto que en algunos contratos sólo de suministro se valora la oferta de un contrato de mantenimiento con cobertura total una vez finalizado el plazo de garantía pero no aparece valorado de forma independiente ni tampoco se precisa si lo que se va a valorar de forma prioritaria es el precio o la calidad del servicio que se pretende ofertar. Muestra de ello es a) el pliego de prescripciones técnicas para el suministro de un sistema de videoendoscopia al Hospital General de L'Hospitalet del Consorci Sanitari. Se establece un periodo de garantía de 1 año y la obligación de suministrar recambios por el plazo de 5 años con cargo a la institución que realiza la compra. Describe las especificaciones técnicas y funcionales y en cuanto a la garantía, mantenimiento y reposición de recambios y accesorios establece que Las ofertas técnicas han de detallar el plazo de garantía (mínimo un año), estructura del servicio técnico (cualificación del personal, localización), tiempo de respuesta, posibilidad de prestar un equipo en caso de avería, plazo de suministro de piezas de repuesto, ubicación del almacén de recambios y de material fungible. oferta del precio de los recambios, lista de consumibles necesarios para el su uso normal, plazo de suministro, montaje o instalación a partir de la fecha en que se realiza el encargo, oferta de un contrato de mantenimiento con cobertura total, tarifa de asistencia técnica (folio 1290 vuelta). No constan la ponderación de los criterios a tener en cuenta. b)

Hospital General Universitario Gregorio Marañón. Examinado el pliego de contratación de suministro e instalación de un vídeobroncoscopio consta en cuanto al plazo de garantía: 1 año, durante dicho periodo, el adjudicatario realizará sin cargo las labores de mantenimiento preventivo y correctivo necesarias. Se valoran periodos de garantía superiores al mínimo establecido: en cuanto a los criterios de adjudicación por orden de importancia: mejoras valorables en características técnicas del equipo y calidad en el suministro (50 puntos), garantía de asistencia técnica (30 puntos): serán objeto de negociación la garantía de asistencia técnica siempre superior a la prevista en el pliego de prescripciones técnicas (que en este caso es de 1 año) empresa y personal que atenderá las averías producidas, contratos de mantenimiento, coste-anual, tipo de contrato y características de éste y precio (20 puntos si es no superior al indicado en el pliego de prescripciones técnicas). (folio 1080).

El caso es distinto que el citado por el recurrente asunto Pelikan/kyocera citado en el informe de la Comisión Europea sobre la política de competencia (1995) párrafo 86. En ese caso tal como se indica en el propio informe de la Comisión *"la Comisión desestimó la denuncia de Pelikan, fabricante alemán de cartuchos de toner para impresora, en contra de Kyocera, un fabricante de impresoras para ordenador y de cartuchos para dichas impresoras. De acuerdo con la denuncia de Pelikan, Kyocera había intentado desbancarle del mercado del toner y le acusaba, entre otras cosas, de abusar de la posición dominante que ocupaba en el mercado secundario (aunque era evidente que no la ocupaba en el primario). la Comisión no consideró que Kyocera ocupara una posición dominante en el mercado de los productos consumibles. Esto se debe a las características especiales que imperaban en los mercados primario y secundario. Los compradores parecían bien informados de los precios de los productos consumibles y parecían haberlos tenido en cuenta a la hora de adquirir la impresora. Uno de los criterios más utilizados por los consumidores a la hora de elegir una impresora era el "coste total por página". Esto se debe a que los costes de los productos consumibles (fundamentalmente, de los cartuchos de toner) suponen una gran parte del valor de una impresora durante su vida útil. Por lo tanto, si aumentarían los precios de los productos consumibles de una determinada marca, los consumidores tenderían a comprar otra"*.

Como se observa en el caso Pelikan uno de los criterios más utilizados a la hora de elegir era el coste total por página, lo que no suceden en este caso en que no consta acreditado que el criterio más utilizado para adjudicar el suministro de un endoscopio sea el coste de las reparaciones.

Cita el codemandado asimismo la decisión de la autoridad británica de defensa de la competencia que desestimó una denuncia por negativa de suministro presentada por KeyMed (perteneciente al grupo Olympus) en el Reino Unido en 2003 (folios 1647-1649 del expediente administrativo). En la fase de investigación hizo referencia de modo marginal el codemandado Olympus a este tema al contestar a uno de los requerimientos de la DI y en concreto a la pregunta 5 *"Indique cuales son las principales variables que determinan la compra de un endoscopio (precio, calidad, servicio post venta, precios de repuestos)"*. Entre otras cosas afirmó que no ocupa posición de dominio en el mercado ya que el coste de mantenimiento es un elemento muy importante en la decisión de adjudicación y al hecho de que Olympus se enfrenta a una fuerte competencia por parte de fabricantes como Pentax y

Fujinon y procede a "llamar la atención de la Dirección de Investigación" sobre una denuncia de negativa de suministro de la que fue objeto Olympus en el Reino Unido que fue desestimada por parte de la autoridad de competencia inglesa. En dicho asunto relata el codemandado un distribuidor de productos Fujinon (EUK) presentó una denuncia ante la OFT contra KeyMed (perteneciente según afirma el recurrente al Grupo Olympus) por su supuesta negativa de suministro de piezas de recambio. En su decisión por desestimar la denuncia la OFT entendió que el mercado relevante era el conjunto de endoscopios, piezas de recambio y servicios en el que KeyMed ocupaba una posición de dominio. Sin embargo el hecho de que los consumidores tuvieran en cuenta el coste del producto durante su vida útil implicaba que la competencia se producía en el ámbito del paquete que incluía el equipo, las piezas de recambio y el servicio de mantenimiento. De ahí que la OFT concluyera que la negativa de Key Med de suministrar únicamente piezas de recambio, sin que se cumpliesen unas pre-condiciones no eliminaba la competencia en el mercado relevante (folio 1638). Respecto a estas afirmaciones hay que indicar que se desconoce como se llega a afirmar que los consumidores tuvieran en cuenta el coste del producto para decidir la adquisición de uno y otro producto. No sabemos quienes eran los consumidores en ese caso, ni las condiciones de contratación. Por otra parte el codemandado olvida que en esa carta (no se aportó traducción) además se decía *"we note that EUK has not previously been supplied with spare parts by KeyMed, nor do any UK Sellers of endoscopes supply spare parts to their competitors"*. Es decir nunca ese distribuidor se le habían suministrado por Key Med perteneciente al grupo Olympus piezas de recambio de la marca Olympus. En este caso la situación es distinta ya que hasta el año 2007 Olympus suministró a Endomed piezas de recambio sin condicionamiento alguno, habiendo modificado Olympus su política de suministro de recambio a este reparador independiente que no consta haya realizado ninguna reparación deficiente.

DECIMOSEGUNDO: El tercer requisito es que el producto sea indispensable para el ejercicio de la actividad del competidor, en el sentido de que no haya ninguna posibilidad realista de crear una alternativa potencial. En el asunto *European Night Services* citado por el codemandado Olympus, el entonces Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI) declaró que las empresas sólo *"disponen de infraestructuras, productos o servicios indispensables o esenciales para el acceso al mercado pertinente si dichas infraestructuras, productos o servicios no pueden sustituirse por otros y si, a causa de sus especiales características y en especial el coste prohibitivo de la reproducción de los mismos y/o del tiempo razonablemente necesario para ello, existen alternativas viables para los competidores potenciales de la empresa en participación, que se verían por tal motivo excluidos del mercado"* (apartado 209).

Nadie discute que las piezas de recambio son un producto necesario para la conservación de los endoscopios, lo que se cuestiona es la necesidad de que las piezas de recambio sean originales de esta marca o si existen en el mercado piezas de recambio genéricas fabricadas por terceros. Hay que precisar que Olympus distingue entre piezas de mantenimiento y de reparación. Considera que *"cualquier pieza que pueda ser utilizada en un endoscopio sin necesidad de conocimientos, formación o herramientas especializadas"* es de mantenimiento. Las piezas de reparación, sin embargo serían *"aquellas cuya sustitución requiere conocimientos y*

herramientas especializadas dado que los servicios de reparación suponen una interferencia con las características físicas del endoscopio” (folio 1055 del expediente administrativo y 11 de la propuesta de archivo). Las piezas de mantenimiento son un porcentaje mínimo de las existentes en un endoscopio. Así la Dirección de Investigación solicitó que en relación a todas las piezas de repuesto en venta del modelo de gastroscopio Olympus GIF Type Q 180 identifique con su código cuales son piezas de mantenimiento y cuales piezas de reparación. Del total de aproximadamente 200 piezas del aparato resulta que sólo las 4 primeras piezas son calificadas como piezas de mantenimiento (folio 1573 a 1575 de la parte confidencial y 1577 de la parte no confidencial).

Preguntadas a las empresas de mantenimiento si “¿Para la reparación de endoscopios flexibles de la marca Olympus es necesario utilizar piezas de recambio olympus o por el contrario se pueden utilizar piezas de recambio genéricas fabricadas por terceros?” (folio 696) las 3 empresas pertenecientes al mismo grupo que al realizar reparaciones de Olympus (que como hemos dicho no son tales al tratarse de operaciones de mantenimiento) manifestaron que: “Cuando las piezas de repuestos sean determinantes para la seguridad del paciente y el cumplimiento de las prestaciones ofrecidas por el producto, se utilizan piezas originales, cuya validez ha quedado demostrada en la evaluación de conformidad realizadas por los organismos notificados. El resto de piezas serán de idénticas prestaciones que las sustituidas.”

A Olympus en el requerimiento de información de la DI de 26 de mayo de 2008 (pregunta 7) se le preguntó “indique si existen piezas de recambio de la marca Olympus destinadas a grandes y medianas reparaciones de endoscopios flexibles que puedan ser sustituidas por piezas de recambio de otras marcas”. La respuesta es que “no existen piezas de la marca Olympus destinadas a grandes y medianas reparaciones de endoscopios flexibles que puedan ser sustituidas por piezas de recambio de otras marcas. Sin embargo existen piezas de recambio que pueden obtenerse a través de cauces independientes que se anuncian como idénticas en forma y aplicación a las fabricadas por Olympus. Y hay piezas de recambio destinadas a reparaciones menores o que forman parte de una reparación de mayor entidad que, dada su universalidad pueden ser de otras marcas, tales como tornillería, juntas tóricas, cadenas de tracción y cableado de acero principalmente”. (folio 1639 del expediente).

La DI a la vista de esta respuesta concluye que “Respecto de la necesidad de que las piezas de recambio para endoscopios Olympus sean originales de esa marca, esta empresa ha indicado que las reparaciones medianas y grandes de endoscopios flexibles de su marca deben hacerse con piezas de recambios originales en tanto que las reparaciones menores pueden hacerse con piezas de otras marcas”. (folio 18 de la propuesta de archivo). Olympus no dice lo que la DI dice que dice.

a) Olympus sólo indica en esa respuesta dada a la Dirección de Investigación que existen piezas que se “*anuncian como idénticas*” y menciona distintas páginas web de algunas que suministran piezas multimarca pero no responde que efectivamente esas piezas sean compatibles. Olympus en el escrito de conclusiones en cambio afirma tras haber aportado unos pantallazos

de paginas web que *“existen piezas de recambio en el mercado paralelo con las que se puede llevar a cabo cualquier reparación mediana o mayor”*, afirmación que no consta acreditada.

b) No afirmó en esa respuesta que las reparaciones grandes y medianas sólo se pueden realizar con recambios originales de Olympus sino que no se pueden realizar con piezas de recambio de otras marcas pero no descartó que puedan realizarse con piezas de marcas genéricas. En el escrito de conclusiones aclarando su contestación a la pregunta 7 que reproduce literalmente (folio 18 del escrito de conclusiones) indica que *“dicho en otros términos, no existen piezas de Fujinon o Pentax con las que se puedan reparar endoscopios de Olympus, pero sí existen piezas de recambio en el mercado paralelo con las que se puede llevar a cabo cualquier reparación mediana o mayor”*.

c) No afirma que todas las reparaciones menores puedan hacerse con piezas de recambio de marcas genéricas, sino que *“existen piezas de recambio”* sin especificar si corresponden a reparaciones grandes, medianas o menores que se anuncian como compatibles y que *“hay piezas de recambio destinadas a reparaciones menores o que puedan formar parte de una reparación de mayor entidad que dada su universalidad pueden ser de otras marcas”* pero no indica que todas las piezas de recambio destinadas a reparaciones menores dada su universalidad pueden ser de otras marcas.

Por tanto las afirmaciones de la DI partiendo de las declaraciones de Olympus (y que la CNC asume al indicar que la DI investiga correctamente los hechos y plantea una adecuada valoración jurídica de los mismos) acerca de la necesidad o no según el tipo de reparación (grande, medianas y menores) de que las piezas de recambio para endoscopios deban ser originales de la marca Olympus no son correctas (folio 1639 del expediente administrativo).

Preguntado ENDOMED acerca de 5. justificación lo más detallada posible de que las reparaciones de los endoscopios Olympus sólo se pueden llevar a cabo utilizando los recambios originales que vende Olympus Europa GmbH indica que *“los endoscopios Olympus contienen una importante cantidad de piezas, la mayoría de las cuales son exclusivas del propio fabricante Olympus; es decir, no admiten sustitución. La reparación de los endoscopios requiere en todo caso de piezas que solo fabrica Olympus, y que como se pone de manifiesto en el presente expediente, sólo vende Olympus Europa GmbH”* (folio 586).

El perito en su informe indica que *“de la investigación realizada en el mercado paralelo, de venta de repuestos para endoscopios, es cierto que las piezas señaladas en los documentos numero uno a cuatro con asterisco no han podido ser encontradas en dicho mercado. Relevancia: las piezas y recambios marcados son, en su gran mayoría, piezas y recambios necesarios para la correcta ejecución de las denominadas reparaciones Medias y Mayores....”*. Por tanto tampoco afirma que todas las reparaciones pequeñas puedan realizarse sin piezas originales de Olympus.

A ello hay que añadir que no queda claro en el expediente instruido ante la DI que es una reparación grande, mediana o menor ya que Olympus solo indica ejemplos de ellas pero no el criterio para calificar una reparación en una de esas categorías. A la pregunta 12 del requerimiento de 7 de mayo de 2008 en el que se solicitaba por la DI indique cuales son las reparaciones más comunes indica *"en cuanto a las reparaciones más comunes, que se producen sobre todo, por el uso intensivo al que está sometido el equipo y por la falta de formación del usuario, el 80% son reparaciones medianas-p.ej sustitución del canal de trabajo-y menores- p.ej sustitución de la funda de goma, ajuste de mandos y de angulación (de este 80% las reparaciones medianas representan el 30% y las menores el 70%)."* Las reparaciones mayores –como sustitución del chip, de la sección de *inserción* o del *transductor ecográfico*- solo constituyen el 20% del total de las reparaciones". (folio 519 y 1642 del expediente administrativo). Esos porcentajes se recogen en la resolución de la CNC.

La DI no ha investigado si efectivamente las piezas que se anuncian como idénticas efectivamente lo son. Es una cuestión de gran complejidad técnica partiendo de que los sistemas de referencia internos de Olympus y otros proveedores no se corresponden y los diagramas de despieces de las numerosas piezas que integran cada parte del endoscopio no permiten simplemente examinado el despiece y *"pantallazos"* de paginas de internet evaluar la coincidencia entre las piezas examinadas y si por ejemplo una pieza que cita el codemandado en el escrito de conclusiones chip de Imagen para un BF-160 se corresponde con la referencia Olympus GJ657400 (era una de las 13 piezas que el perito indicó que no era idéntica). Una diferencia milimétrica no apreciable a simple vista, una distinta capacidad de angulación o composición de los materiales puede determinar que la misma no sea compatible. Tampoco la prueba pericial convence a esta Sala ya que no consta que el perito haya tenido a la vista físicamente ambas piezas la de marca Olympus y la de otro proveedor para contrastar que efectivamente son iguales y por otra parte reconoció que pidió las piezas remitiendo el listado de referencias internas de Olympus. Como señala el codemandado las piezas en el mercado multimarca no tienen la referencia de la pieza Olympus por lo que en el hecho de que no se hayan encontrado piezas multimarca con la misma referencia Olympus no supone que no existan piezas idénticas en ese mercado multimarca. En todo caso aun cuando las empresas multimarca tengan una tabla de equivalencias entre el código Olympus y su pieza no se ha constatado mediante una comprobación física que sean idénticas en forma y funcionalidad.

El determinar si las piezas de recambio para reparar los endoscopios de Olympus deben ser de la marca Olympus o existen en el mercado piezas de recambio de marcas genéricas idénticas en forma y funcionalidad es una cuestión de gran trascendencia para analizar si ha existido un abuso de posición de dominio. En este sentido citar el caso Hugin una empresa fabricante de cajas registradoras que se negaba a suministrar piezas de recambio a otra empresa y de manera general a cualquier empresa independiente que no forme parte de su red de distribución. En el procedimiento quedó acreditado que las piezas de recambio de la marca Hugin no eran intercambiables con las piezas de recambio de cajas registradoras de otras marcas y asimismo se partió de que por razones de índole comercial no pueden concebirse en la práctica la posibilidad de que una empresa competidora fabrique piezas de recambio utilizables en las cajas registradoras Hugin y asimismo de que la

compra y desguace de aparatos de ocasión no podía considerarse una fuente alternativa de abastecimiento suficiente. La Comisión consideró en esas circunstancias que esta practica que nace de la política de Hugin consistente en reservar el mantenimiento y la reparación de cajas registradoras Hugin a sus propios servicios técnicos, es abusiva *“dado que tiende a impedir a los usuarios de aparatos, Hugin elegir libremente la empresa que se encargará de su mantenimiento y reparación y tiene como consecuencia la exclusión de toda la competencia, y en particular de un competidor importante, en el sector del servicio, mantenimiento, reparación, alquiler y renovación de aparatos Hugin”* (apartado 11) de la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1979 (asunto 22/78). El TJ estimó el recurso de Hugin por el hecho de que esa conducta no incidía en el comercio entre los Estados miembros, por lo que no se cumplía uno de los requisitos exigidos por el artículo 86 del Tratado pero no cuestionó que esa conducta era en sí abusiva tal como consideró la Comisión.

DECIMOTERCERO: Ahora bien llegados a este punto y pese a que no se comparten algunos de los razonamientos de la resolución recurrida tal como hemos expuesto esta Sala considera que procede mantener la resolución de archivo y ello por lo siguiente: el requisito de la indispensabilidad a los efectos aquí examinados no consiste en examinar si el suministro de piezas de recambio Olympus es *“indispensable”* para que Endomed pueda seguir realizando la actividad que hasta ahora realizaba sino si esas piezas de repuesto son indispensables para realizar la reparación de endoscopios. Indicar en este sentido que la legislación de competencia pretende salvaguardar el proceso competitivo más que proteger a determinados competidores. La parte demandante en el escrito de conclusiones (a diferencia de lo manifestado en el expediente administrativo en el que indicó que *“la reparación de los endoscopios requiere en todo caso de piezas que solo fabrica Olympus, y que como se pone de manifiesto en el presente expediente, sólo vende Olympus Europa GmbH”*, folio 586) admite que *“para la realización de reparaciones pequeñas y parte de las medianas se pueden encontrar piezas de recambio no originales en el mercado secundario, mientras que para la realización de reparaciones denominadas “grandes” es indispensable el uso de piezas de recambio originales Olympus dado que no existen en el mercado paralelo”* (folio 12). El perito en el informe pericial señala que de cada 100 reparaciones 25% son reparaciones mayores, 19% medianas y 56% son menores, hechos que comparte la parte demandante. Admitiendo estos datos considera esta Sala que no se puede considerar que el suministro de piezas de recambio Olympus sea indispensable para realizar la reparación de endoscopios ya que a) las reparaciones menores y parte de las medianas de esa marca puede realizarse sin recambios originales b) el mercado de referencia que se ha considerado por la CNC no es el de reparación de los endoscopios flexibles Olympus sino el de mercado de reparación de los endoscopios flexibles de todas las marcas y el recurrente señala que Pentax y Fujinon no establecen hasta ahora estas mismas restricciones (folio 27 del escrito de conclusiones)

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

DECIMOCUARTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **ENDOMED SOLUCIONES ENDOSCÓPICAS SL** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 15 de junio de 2009 (expediente S/0034/08) sobre conductas prohibidas por el artículo 2 de la LDC (Ley 15/2007) que se anula. Se inadmiten el resto de pretensiones. No se hace imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.