

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 702/06, TORNIER/ADESLAS)**

### **Pleno**

Sras/Sres:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D. Francisco Javier Huerta Trolèz, Vicepresidente  
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal  
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal  
D. Julio Costas Comesaña, Vocal  
D<sup>a</sup>. María Jesús González López, Vocal

En Madrid, a 14 de febrero de 2007

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal o TDC), con la composición expresada y siendo ponente el Vocal D. Miguel Cuerdo Mir, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente r 702/06 (2673 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC) incoado para resolver el recurso presentado por la mercantil TORNIER ESPAÑA, S.A. (en adelante, también TORNIER), al amparo del art. 47 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) contra el Acuerdo de archivo del Servicio de Defensa de la Competencia, de 27 de junio de 2006, de la denuncia formulada por TORNIER contra ADESLAS por una supuesta infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 6 de noviembre de 2006, el Servicio de Defensa de la Competencia acuerda el archivo de la denuncia presentada por TORNIER ESPAÑA, S.A. contra la mercantil ADESLAS por supuesta conducta abusiva de las tipificadas en los artículos 6.2. a), c), d) y g) de la LDC, consistente en la “ruptura injustificada de relaciones comerciales, privándole de su condición de proveedor homologado de implantes reconstructivos y sustitutivos óseos”, además de la imposición de precios “a los que está dispuesta a adquirir los productos de TORNIER, que ésta considera sin margen, no equitativos, alejados de los precios de referencia que marcan otras compañías, los hospitales públicos, incluso otras Mutuas del sector”. El archivo del SDC se fundamenta en la no apreciación de existencia de posición de dominio por parte de ADESLAS.

2. Con fecha 14 de noviembre de 2006, se recibe en el Tribunal escrito de recurso de TORNIER ESPAÑA, S.A. contra el acuerdo de archivo del SDC de 6 de noviembre de 2006.
3. Con fecha 14 de noviembre de 2006, el Secretario del Tribunal, mediante oficio, acusa recibo del escrito de recurso a la vez que detecta y lo hace constar en el escrito “el defecto de no expresar, como exigen los artículos 70.1 b y 110.1 b) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las razones de la impugnación del Acuerdo recurrido”. Se le da plazo de diez días para subsanarlo.
4. Con fecha 24 de noviembre de 2006, se recibe en el Tribunal escrito de TORNIER ESPAÑA, S.A. contestando al oficio del Tribunal y señalando que el motivo del recurso es la consideración por parte de la recurrente de la existencia de una “infracción de la doctrina relativa a la protección de los proveedores por abusos explotativos y anticompetitivos realizados por empresas dominantes en el mercado y la especial incidencia de dicha doctrina al supuesto concreto de la relación comercial mantenida entre TORNIER como proveedor S.A. y ADESLAS como empresa dominante”, entendiéndose la parte que el desarrollo de la motivación está “reservado para el trámite de alegaciones que prevé el art. 48.3 de la Ley de Defensa de la Competencia”.
5. Con fecha 27 de noviembre de 2006, el Tribunal remite escrito al SDC para que éste informe sobre el citado recurso así como las actuaciones seguidas en ese Servicio de acuerdo con el artículo 48.1 LDC.
6. Con fecha 28 de noviembre de 2006 se recibe en el Tribunal escrito del Servicio informando al Tribunal. Considera el SDC que el recurso se presentó en el plazo legal establecido. Asimismo, señala que en el SDC no consta la acreditación de la representación con que actúa D. P. P. F. Finalmente, el SDC entiende que las afirmaciones de la recurrente “no desvirtúa las razones que fundamentaron el Acuerdo de Archivo”.
7. Con fecha 29 de noviembre de 2006, el Tribunal solicita a la recurrente la acreditación de su representación en el Expediente.
8. Con fecha 15 de diciembre de 2006, TORNIER ESPAÑA, S.A. remite escrito al Tribunal en el que adjunta escritura de apoderamiento relativa a la acreditación de su representación en el Expediente.

9. Con fecha 22 de diciembre de 2006, el Tribunal mediante providencia y de acuerdo con el artículo 48.3 de la Ley de Defensa de la Competencia pone de manifiesto el expediente a los interesados para que formulen las alegaciones y presenten los documentos que estimen pertinentes.
10. Con fecha 17 de enero de 2007, se recibe en el Tribunal escrito de alegaciones de TORNIER ESPAÑA, S.A.
11. Con fecha 18 de enero de 2007, se recibe en el Tribunal escrito de alegaciones de ADESLAS al que adjunta una relación de proveedores y una escritura pública de apoderamiento específico a favor de D. F. B. S.
12. Con fecha 8 de febrero de 2007 el Pleno del Tribunal resolvió este recurso.
13. Son interesados:
  - TORNIER ESPAÑA, S.A.
  - ADESLAS

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** El artículo 47 LDC dice que los actos del SDC que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, serán recurribles ante el TDC en el plazo de diez días. A estos efectos, la mercantil TORNIER ESPAÑA, S.A. interpuesto escrito de recurso ante este Tribunal por el que pretende la revisión de la decisión del Servicio de archivar una denuncia de la recurrente contra la mercantil ADESLAS por un supuesto abuso de posición de dominio. Más concretamente, TORNIER ESPAÑA, S.A. señala que el SDC en su decisión de archivo no ha profundizado en “la modalidad del abuso de posición dominante de ADESLAS consistente en la explotación abusiva afectando los intereses concurrenciales de un proveedor –TORNIER- sin causa justificada”. Según la recurrente esto ha significado una infracción del artículo 6 LDC en su apartado 1 letra b) consistente en abusos de los descritos en el apartado 2, letras a) y c) del mismo artículo. Es decir, de acuerdo con las alegaciones presentadas ante este Tribunal y resaltadas en letra de color azul en el texto, una explotación abusiva por parte de ADESLAS de la supuesta situación de dependencia económica en la que se encuentra TORNIER frente a la propia ADESLAS, que se ha concretado en una fijación de precios y condiciones comerciales no equitativas y una negativa injustificada a adquirir productos

TORNIER. De esta manera, señala la recurrente “ADESLAS negocia frente al proveedor en clara posición de dominio imponiendo unos precios de referencia de los productos que no son del sector y si ESPECIFICOS para cada proveedor, así como condiciones de pago unilaterales con total independencia de los intereses o conveniencia de los proveedores y la realidad del mercado. El proveedor prácticamente no tiene más opción que la simple adhesión”.

Abundando en sus propios argumentos, para TORNIER las relaciones comerciales entre esta mercantil y ADESLAS se describen como de “encuentro atípico...al margen de la voluntad de sus protagonistas...”, debido a que, según la recurrente, en el sistema de prestaciones asistenciales, el médico es el que “decide” implantar una prótesis de un fabricante u otro. No obstante, la propia recurrente señala más adelante que “la decisión unilateral de la Mutua de excluir al proveedor del catálogo de proveedores autorizados ciertamente tiene una influencia relevante en los médicos especialistas adscritos al cuadro de médicos de la Mutua quienes sensibles a dicho veto, dejarán de prescribir dicho material”. En escrito que entra en el SDC con fecha posterior al Acuerdo de archivo, señala también la recurrente que se ponía de manifiesto una “paradoja” que “ilustra perfectamente la desmesura de ADESLAS, según la cual todavía algunas de sus prótesis de hombros, a pesar de estar el recurrente excluido del catálogo de proveedores, siguen implantándose en aseguradoras de ADESLAS debido a las decisiones de los médicos especialistas y ello con el beneplácito y conformidad de la Mutua”.

**SEGUNDO.** La mercantil denunciada, ADESLAS, entiende como cuestión básica que “precisa mantener control de costes y calidades” de aquellos servicios que oferta, lo que no obsta para mantener una amplia cartera de proveedores y anexa relación de la misma. Asimismo, subraya que el 85% del mercado relevante definido está en manos del sector público, lo que “hace imposible” una posición de dominio de la propia ADESLAS. Por otra parte, considera que no tiene “fuerza económica” para comportarse de forma independiente y que está supeditada en gran parte “a la decisión última del facultativo...quien decide la prótesis...”. En este sentido, ADESLAS argumenta que no puede sustraerse a la presión de sus clientes que interpretarán una rebaja en la calidad asistencial si se forzara la decisión del facultativo médico. También pone de manifiesto que “consensúa” sus relaciones comerciales con aquellos proveedores que respetan sus criterios de calidad. Finalmente, en sus relaciones con TORNIER señala que hay “falta de seriedad” por parte de este proveedor, en la medida en que hay constantes modificaciones de precios y referencias del todo “injustificados”.

**TERCERO.** El SDC, de acuerdo con los propios datos aportados por la recurrente y con otros recabados en el mercado, señaló en su Acuerdo de archivo lo siguiente:

-hay coincidencia en señalar que el mercado relevante es el nacional de productos ortopédicos y de implantes médicos

-el 85% de este mercado tiene como demandante al sector público hospitalario. Para acceder al aprovisionamiento de este mercado es necesario participar en concursos públicos

-ADESLAS es la empresa líder en seguros sanitarios privados con una cuota que no llega al 20% en el dato provisional de 2006 del total de la oferta de seguros sanitarios privados y, en todo caso, no crece de manera clara en los últimos años

-más de un 83% de la producción de TORNIER se comercializa a través de distribuidores que en su relación de ventas califica de “otros”. En esta relación no aparece % de ventas que representa o representó las compras que le hacía ADESLAS

-TORNIER trabaja con 9 mutuas o aseguradoras (folio 327 del Expte. del SDC)

-la propia TORNIER señaló en el Expediente del SDC (referido en el folio 328) que “los precios a los que se ofrecen las prótesis en los concursos públicos sean ligeramente inferiores a los de las Mutuas privadas”, por *mor* del poder de negociación que tiene el sector público sanitario en España

-existen “al menos, otras ocho empresas que compiten con TORNIER ofreciendo prótesis”, según consta en la página 329 del Expte. del SDC en referencia a una información que facilita en su web ICEA (Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras).

A partir de estos datos, el SDC considera que la denunciada no pueda ignorar en modo alguno a sus competidores, ni tampoco a los consumidores. El SDC considera que una supuesta estrategia de ADESLAS basada en la erosión de los precios pagados a los suministradores de tales servicios puede ocasionar un deterioro de su calidad, lo que le haría perder lo mejor de su cuadro médico además de asegurados. Por todo ello, el SDC, de acuerdo con el artículo 36.3 LDC, no apreció indicios de infracción y archivó la denuncia.

**CUARTO.** Después de considerar todas las alegaciones, el Tribunal ha observado que en algún momento tanto recurrente como demandada han

señalado que el mercado relevante descrito está en manos de los médicos que deciden la prótesis a implantar, lo cual resta protagonismo en la decisión a las interesadas en este Expediente. Una de ellas lo describe como “encuentro atípico” y la otra señala que la “decisión” última corresponde al facultativo. Lejos de ser así, el Tribunal entiende que este expediente pone de manifiesto que cuando una aseguradora incluye o elimina a un proveedor autorizado, envía una circular a los facultativos de su Cuadro Médico (ver carta de ADESLAS folio 96 del Expediente del SDC) poniéndoles al corriente. Lo cual no significa que los médicos contratados por la aseguradora puedan a su voluntad seguir o no la recomendación, sino más bien que se tienen que ajustar a la “lista” de proveedores que reconoce la aseguradora, al menos con carácter general. No puede ser de otra manera, pues el control de costes se tiene que basar en negociaciones previas de las aseguradoras con los suministradores, más, si tenemos en cuenta el precio de unos productos tan especiales. Claro está, lo anterior no excluye que un médico pueda implantar una prótesis de un suministrador que no está en la “lista”, pero en este caso habrá que suponer que lo ha comprado en el mercado correspondiente al precio que dice el proveedor pero con la autorización de la aseguradora que es quien finalmente tendrá que pagar. Es decir, que tanto recurrente como denunciada son evidentes “protagonistas” de las decisiones médicas que se adoptan finalmente cuando se realiza un implante o se pone una prótesis.

**QUINTO.** En todo caso, el texto del recurso y lo más sustantivo de las alegaciones de la recurrente, incluso marcado con un color de tinta diferente, transmite que lo que se plantea es una situación de dependencia económica de TORNIER respecto de ADESLAS, de la cual ha abusado esta última. Es decir, no recurre ante este Tribunal tanto por la inexistencia de posición de dominio absoluto declarada por el SDC en su Acuerdo de archivo, sino más bien por aquello que supuestamente el SDC no ha argumentado y que está referido a una supuesta posición de ADESLAS basada en la dependencia económica de TORNIER desde la que la aseguradora estaría abusando.

Efectivamente, tiene que ser así en la medida en que, tanto el instructor como el demandante y el demandado, han aceptado como mercado relevante el de los productos de implante y de prótesis médicos y en este mercado el 85% del mismo tiene un demandante que es el sector público hospitalario, para cuyos suministros, como para otros, se recurre sistemáticamente a un sistema de competencia *ex ante* a través de concursos públicos. Por otra parte, como se ha puesto de manifiesto en la fase de instrucción, la cuota de ADESLAS en la oferta total de seguros médicos y sanitarios privados apenas llega al 20% en 2005, aunque sea la aseguradora privada con mayor cuota relativa. Además, en ningún caso se ha puesto de manifiesto que ADESLAS preste algún tipo de servicio sanitario relacionado con los implantes y prótesis médicos que no presten otros aseguradores especializados. En definitiva, el

Tribunal considera que ADESLAS presta sus servicios de seguro médico y sanitario en un entorno competitivo en el que no aparece ninguna evidencia contrastada y razonada de poder económico suficiente ni de independencia de comportamiento, puesto que en ese mercado hay competidores bastantes para responder a cualquier acción de ADESLAS y nada hace pensar que no se produciría un trasvase de médicos y de asegurados al perder los proveedores más cualificados y mejor situados en términos de calidad-precio por una supuesta política comercial en los suministros como la caracterizada; entre otras cosas, porque en esas condiciones de mercado se correría un gran riesgo de pérdida de credibilidad y prestigio de los propios médicos contratados por la aseguradora, puesto que tendrían menos posibilidades de elegir el mejor material posible en términos de calidad-precio y, todo ello, ocasionaría finalmente una pérdida de asegurados.

**SEXTO.** En cuanto a un supuesto abuso por dependencia económica, en principio no cabe plantearlo a partir de una situación en la que TORNIER se encontrara sin clientes alternativos a los que vender sus productos, es decir, contemplando a ADESLAS como un monopsonista o en una estructura próxima a ello, dado que, de ser así, remitiría a un ilícito del tipo de abuso por posición de dominio desde la demanda y, además, en el expediente que nos ocupa, la propia TORNIER ha señalado que provee y puede proveer tanto a hospitales públicos como a otras entidades aseguradoras y mutuas privadas cualquiera de los productos que vende a ADESLAS.

La alegación de la recurrente en este aspecto tiene que entenderse por parte de este Tribunal no como un subtipo de posición dominante, sino como un ilícito distinto, en el sentido de considerar la situación desde el prisma de la dependencia económica. Para ello, hay que aclarar que una mercantil puede optar por razones de comodidad comercial por tener un único cliente o un cliente principal al que vende la producción. Sin duda, puede haber incentivos importantes a cierta “dependencia económica” voluntaria, asociados a ese tipo de comercialización. Pero, para que este tipo de dependencia económica se corresponda cabalmente con el descrito en el artículo 6 LDC, tendría que ocurrir simultáneamente que una parte considerable de la producción de TORNIER se vendiera solamente a una mercantil, ADESLAS, sin posición de dominio absoluto, y que esa misma producción no sirviera para proveer a otros clientes existentes en ese mismo mercado, sean públicos o privados.

En definitiva, este Tribunal entiende que hay sobradas evidencias para concluir que no puede haber dependencia económica, en el sentido de lo expresado en el artículo 6 LDC, donde hay más de un 90% de la demanda, de un mercado de múltiples demandantes, a la que puede orientar sus ventas TORNIER, con los mismos productos que vende a ADESLAS y, todo ello, con independencia de que el quebranto en su volumen de ventas previsto en

relación con el total ya facturado en periodos anteriores hubiera sido sustancial, cosa que, por cierto, tampoco ha concretado suficientemente la recurrente. Por tanto no se puede calificar de abusiva la decisión unilateral de la aseguradora por la que se excluye a la propia TORNIER como proveedor autorizado.

**SÉPTIMO.** Finalmente, la recurrente cita como “doctrina” la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 8 de mayo de 2003 con el fin de resaltar en sus alegaciones que “el sujeto pasivo de la conducta de abuso de posición dominante no sólo son los competidores y los consumidores sino también los proveedores” y que el SDC incurrió en “grave omisión”. En este sentido, es cierto que en esa jurisprudencia se señala que también son abusos los que “lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivos mercados –segunda línea de competencia-”, como por otro lado no podía ser de otra manera. Ahora bien, en esa sentencia se parte de que la posición de dominio de la denunciada era “indudable” en opinión del Tribunal Supremo, tanto en el mercado en el que operaba directamente –producción de explosivos- como en el conexo que quedaba sensiblemente afectado por sus decisiones –transporte de explosivos-. Todo ello porque se discutía sobre mercados conexos en los que puede darse la situación de no evidenciarse directamente la posición de dominio en alguno de ellos. Pero este no es el caso tampoco, porque en lo que nos ocupa no hay mercados conexos que analizar, ni posición de dominio en ninguno de ellos por parte de la denunciada. En virtud de todo lo referido, el Tribunal considera que procede la desestimación del recurso.

Vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

### **HA RESUELTO**

**Único.** Desestimar el recurso de la mercantil TORNIER ESPAÑA, S.A. contra el Acuerdo de archivo del Servicio de Defensa de la Competencia de la denuncia presentada por la recurrente contra la mercantil ADESLAS por supuesta conducta abusiva de las contempladas en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en la ruptura injustificada de relaciones comerciales, privándole de su condición de proveedor homologado de implantes reconstructivos y sustitutivos óseos, así como la imposición de precios sin margen, no equitativos y alejados de los precios de referencia que marcan otras compañías, los hospitales públicos, incluso otras Mutuas del sector.



Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que es definitiva en la vía administrativa y que contra ella sólo se puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.