

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 331/98, Fresenius)**

### **Pleno**

Excmos. Sres.:

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

En Madrid, a 18 de mayo de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Antonio Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 331/98 (número 1732/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio) de recurso interpuesto por la empresa Investigación y Desarrollo de Equipos Médicos S.A. (en lo sucesivo, IDEMSA) contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 24 de julio de 1998, por el que se archivaban las actuaciones que tuvieron su origen en la denuncia formulada por el recurrente contra Fresenius Medical Care España S.A. (en adelante, FRESENIUS) por presuntas prácticas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, LDC), consistentes en abusar de su posición de dominio impidiéndole el suministro de productos para el tratamiento de diálisis a diversos centros médicos.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 26 de noviembre de 1997 la empresa IDEMSA formuló denuncia contra FRESENIUS por presuntas prácticas prohibidas por el artículo 6 LDC, consistentes en abusar de su posición de dominio en la comercialización de productos para la hemodiálisis y en la prestación de los tratamientos correspondientes, impidiéndole el suministro a diversos centros médicos privados.

2. Con fecha 24 de julio de 1998 la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia dictó un Acuerdo por el que archivaba las actuaciones que comprendían un informe de la Subdirección General de Concentraciones y Estudios que fue solicitado por si resultaba aplicable el artículo 14 LDC.

Dicha Subdirección General emitió su informe el 20 de julio de 1998 (folios 818 al 831 del expediente del Servicio) en el que expone que la operación analizada se deriva de que, en septiembre de 1996, el grupo alemán Fresenius AG fusionó sus actividades de diálisis con National Medical Care Inc., constituyéndose la filial Fresenius Medical Care AG. En España, la filial de Fresenius AG (que se denominaba Nephrocontrol S.A.) pasó a denominarse Fresenius Medical Care España S.A. y a ser filial de Fresenius Medical Care AG. A pesar de pertenecer al mismo grupo, National Medical Care of Spain S.A. (NMCS) no pasó a ser controlada directamente por Fresenius Medical Care AG hasta enero de 1998. Dicha toma de control supone la integración de las actividades que FRESENIUS y NMCS venían desarrollando en mercados conexos lo que constituye, en principio, una operación de concentración. Sin embargo, como consecuencia de la misma, no se crea ni refuerza ninguna posición de dominio ni hay riesgo de obstaculización de la competencia en los mercados afectados, por lo que no resulta procedente la instrucción de un expediente, conforme a lo establecido en el artículo 9 del Real Decreto 1080/1992.

En cuanto a la posible aplicación del artículo 6 LDC, la mencionada Subdirección General señala que, en el mercado de los servicios de hemodiálisis, el grupo FRESENIUS es líder por tener el mayor volumen de servicios dispensados, pero que su cuota no es excesiva y su posición resulta expugnable. Y, en lo que se refiere al mercado de los productos para la prestación del tratamiento de hemodiálisis, el grupo FRESENIUS ni siquiera es el líder del mismo, por lo que no existe indicio alguno de una posición de dominio de la que se pueda abusar.

3. Con fecha 17 de septiembre de 1998 el Tribunal dictó Providencia para alegaciones y nombró Ponente, tras haber recabado del Servicio el informe sobre el recurso y haberlo recibido junto con las actuaciones seguidas.
4. El Servicio informó que el recurso se había interpuesto en plazo y que debía mantenerse el Acuerdo ante la reiteración de los argumentos de la denuncia, como el de que la recurrente opera en el mercado de productos para los tratamientos de diálisis en el que el grupo FRESENIUS no es siquiera líder.

5. Con fecha 8 de octubre de 1998, en el trámite de alegaciones ante el Tribunal, la recurrente insistió en la influencia de la concentración sobre sus clientes y las consecuencias en pérdida de suministro a los mismos al disminuir progresivamente los pedidos nada más que por dicha razón que considera discriminatoria.
6. El Pleno del Tribunal deliberó y falló este expediente en su reunión de 20 de abril de 1999, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
7. Es interesada en este expediente Investigación y Desarrollo de Equipos Médicos S.A. (IDEMSA).

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. Es doctrina de este Tribunal (Resolución de 14 de julio de 1993, Expte. A 51/93) que el establecimiento por la LDC de regímenes sustantivos y procesales distintos para las conductas y las concentraciones hace que la discusión en cada caso se plantee sobre si el acto considerado constituye un acuerdo entre empresas -Capítulo I de la Ley- o una operación de concentración -Capítulo II de la misma-. En los casos en los que resulta claramente y sin discusión que la conducta a enjuiciar es una operación de concentración, que no contiene ningún tipo de pactos o acuerdos que operen al margen de ella, debe tratarse conforme a lo establecido en el Capítulo II, no siendo posible acordar la apertura de un procedimiento sancionador por los mismos hechos.

Esta posición del Tribunal se vio confirmada con la introducción en el artículo 15 de la LDC de un apartado 5 en el que, entre otros extremos, se consagra el tratamiento unitario -bien como acuerdo o bien como concentración- de los expedientes en los que se debata la naturaleza de la operación.

2. Ahora bien, para que pudiera prosperar el recurso sería necesario acreditar que la actuación de FRESENIUS no constituye una operación de concentración sino un acuerdo entre empresas para limitar la distribución o repartirse el mercado, o bien un abuso de posición de dominio con el mismo fin o que, tratándose de una operación de concentración, el Servicio ha errado en el análisis del caso y en su conclusión de que dicha operación no crea ni refuerza ninguna posición de dominio ni existe riesgo de obstaculización de la competencia en los mercados afectados, por lo que no procedía acordar la instrucción de un expediente conforme a lo establecido en el artículo 9 del Real Decreto 1080/1992.

Sin embargo, por un lado, IDEMSA no invoca la posibilidad de que exista un acuerdo entre empresas y, por otro, como se señala en el Antecedente de Hecho 2, el Informe de la Subdirección General de Concentraciones y Estudios concluyó que la toma de control de NMCS por FRESENIUS en enero de 1998, al integrar las actividades que las dos empresas venían desarrollando en mercados conexos en España, constituye una operación de concentración, pero que, como consecuencia de la misma, no se crea ni refuerza ninguna posición de dominio ni hay riesgo de obstaculización de la competencia en los mercados correspondientes.

3. En cuanto a la posible aplicación del artículo 6 LDC, la mencionada Subdirección General señala correctamente y con todo detalle que, en el mercado de los servicios de hemodiálisis, el grupo FRESENIUS es líder por tener el mayor volumen de servicios dispensados, pero que su cuota no es excesiva y su posición resulta expugnable. Y, en lo que se refiere al mercado de los productos para la prestación del tratamiento de hemodiálisis, el grupo FRESENIUS ni siquiera es el líder del mismo, por lo que no existe indicio alguno de una posición de dominio de la que se pueda abusar.
4. Por todo ello, como acertadamente concluye el Servicio, dado que FRESENIUS y NMCS operaban en mercados próximos pero diferenciados, como consecuencia de la operación de concentración no se produjo solapamiento de actividades ni se reforzó la presencia de las empresas implicadas en ninguno de los mercados afectados. No existe, pues, posición de dominio de la que se pueda abusar, aunque la mayor integración vertical y horizontal de las actividades conexas hace, naturalmente, más difícil para los proveedores independientes, como IDEMSA, colocar sus productos en los centros privados.
5. En definitiva, en ningún caso cabe considerar que dichas conclusiones puedan ser modificadas por las alegaciones de la recurrente de que continúe la adquisición de centros de tratamiento por parte del grupo denunciado, que sólo podrían cambiar muy ligeramente algunas cifras pero, de ninguna forma, que FRESENIUS no sea ni siquiera líder en el mercado de productos para los tratamientos de diálisis, en el que opera IDEMSA, ni que sus ventas al grupo denunciado no puedan verse modificadas tras la operación de concentración.

Por lo tanto, el Tribunal entiende que debe confirmarse el Acuerdo de archivo impugnado y desestimarse el recurso interpuesto por IDEMSA.

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

## **RESUELVE**

Desestimar el recurso interpuesto por Investigación y Desarrollo de Equipos Médicos S.A. contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 24 de julio de 1998 por el que se acordó el archivo de las actuaciones iniciadas en virtud de su denuncia contra Fresenius Medical Care España S.A.

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