

RESOLUCIÓN (Expte. 517/01 lasist/3M)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal
del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 5 de abril de 2002

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Dña. M^a Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 517/01 (2030/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), iniciado por denuncia formulada por D0. Mercè Casas i Galofré, en nombre y representación de lasist. S. A (lasist, en adelante) contra la entidad 3M España S. A. (3M, en adelante) y Sigesa S. A. (Sigesa, en adelante), por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias al artículo 82 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TCE) y al artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la realización de diversas actividades tendentes a limitar la actividad comercial de la denunciante.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 8 de julio de 1999 D0. Mercè Casas i Galfré, en nombre y representación de la entidad lasist, formuló denuncia contra 3M y Sigesa. Los hechos que eran objeto de denuncia consistían, básicamente, en los siguientes: "En primer lugar, señala que la entidad 3M ha desarrollado una estrategia planeada y premeditada destinada a obstaculizar la actividad comercial de la empresa lasist en el mercado de software de validación,

tratamiento y análisis de pacientes hospitalarios, en particular mediante la negativa injustificada de venta de la modalidad del software de clasificación de pacientes agrupador Ap-GRD, sobre el que la denunciada tiene derechos exclusivos; y la imposición de precios discriminatorios, arbitrarios y no equitativos sobre el mismo, en función de la naturaleza del cliente final, obstaculizando de esta manera a la denunciante.

En segundo lugar, señala la firma de un acuerdo de distribución, aparentemente en exclusiva, entre 3M (suministrador) y Sigesa (distribuidor), en virtud del cual el producto final-software de clasificación de clientes o agrupador- sólo es suministrado a usuarios finales, sin que esta restricción a la competencia sea necesaria para respetar los derechos en exclusiva que 3M posee sobre el agrupador, ni genere ningún beneficio sobre el usuario final".

Por todo ello, considera la denunciante que existe un abuso de posición de dominio prohibido por el art. 6 de la LDC y art. 82 del TUE imputable a 3M, así como un acuerdo colusorio entre dicha entidad y Sigesa prohibido por el art. 1 de la LDC.

2. El Servicio de Defensa de la Competencia, el 5 de octubre de 1999, dictó Providencia acordando la incoación del expediente sancionador contra las entidades 3M y Sigesa por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los arts. 1 y 6 de la LDC y art. 81.1 y 82 del Tratado de la Unión Europea.
3. El 3 de febrero de 2000, el Servicio, al amparo del artículo 45 de la LDC, remitió al Tribunal propuesta de medidas cautelares, siendo acordadas por Resolución de fecha 6 de abril de 2000 (Expte. MC 31/00), que fue posteriormente aclarada por Resolución de 22 de junio de 2000. Con fecha 30 de octubre de 2000 (Expte. MC 32/00) se acordó el establecimiento de nuevas medidas cautelares en condiciones iguales a las que se impusieron el 22 de junio de 2000, adoptándose nuevas medidas mediante Resolución de 14-12-01 (expte. MC 33/01) que fue reformada por Auto de 4-3-02 en el sentido de excluir a SIGESA del cumplimiento de dichas medidas cautelares por no estar imputada en el expediente sancionador del Servicio en virtud de un sobreseimiento parcial, adoptado respecto de ella, por Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 13-3-01.
4. Con fecha 18 de enero de 2001 se dicta por el Servicio el Pliego de Concreción de Hechos. Las imputaciones que el Servicio efectúa en dicho Pliego consisten en las siguientes:

“3M España es responsable de una infracción del artículo 82 del TCE y el artículo 6.2 c) de la LDC consistente en excluir toda posibilidad de que lasist pueda tener acceso a las licencias comerciales de los agrupadores AP-GRD, de forma que pueda actuar como interlocutor único ante sus clientes en la oferta de un paquete global. Dicha infracción se prolonga desde el 29 de enero de 1998, habiendo sido suspendida como consecuencia de la adopción de las medidas cautelares en Resolución de 6 de abril de 2000.

3M es también responsable de una infracción del artículo 82 del TCE y el artículo 6.2 d) de la LDC, consistente en su negativa a poner a disposición de lasist con carácter previo a que ésta haya identificado a un cliente potencial, listas generales y ofertas corporativas de los precios a los que el agrupador AP-GRD será vendido en el mercado, entorpeciendo así su labor comercial y generándose un tratamiento discriminatorio con respecto a los clientes de 3M España que también lo son de lasist. Dicha infracción se prolonga desde el 29 de enero de 1998, habiendo sido suspendida como consecuencia de la adopción de las medidas cautelares

Finalmente, el Servicio considera que 3M es responsable de una infracción del artículo 82 a) del TCE y el artículo 6.2 a) de la LDC por imponer precios equitativos a los precios del agrupador AP-GRD con el objetivo de impedir la competitividad del paquete global de lasist. Dicha práctica se prolongó desde febrero de 1999 hasta abril de ese mismo año.”

5. Notificado el Pliego de Concreción de Hechos a los interesados, y presentados por éstos respectivos escritos de alegaciones al mismo, el 13 de marzo de 2001, el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, tras ser contestadas las alegaciones y valoradas las pruebas propuestas, acordó el sobreseimiento parcial del expediente en relación con el acuerdo existente entre 3M y Sigesa, siendo dicho Acuerdo notificado a las partes, sin que éstas formularan contra él recurso alguno.
6. El 2 de abril de 2001 la Instructora dicta Providencia declarando conclusas las actuaciones y acordando la redacción del Informe previsto en el artículo 37.3 de la LDC.
7. El 3 de abril de 2001 se redacta el Informe-Propuesta. En dicho Informe se efectúa la siguiente propuesta:

Primero.- Que se declare por el Tribunal la existencia de las siguientes conductas prohibidas por parte de 3M España:

1. *Infracción del artículo 6.2 c) de la LDC y artículo 82 del TCE por excluir toda posibilidad de que lasist pueda tener acceso a las licencias comerciales de los agrupadores AP-GRD, de forma que pueda actuar como interlocutor único ante sus clientes en la oferta de un paquete global.*
2. *Infracción del artículo 6.2 d) de la LDC y artículo 82 del TCE por su negativa a poner a disposición de lasist, con carácter previo a que ésta haya identificado a un cliente potencial, listas generales y ofertas corporativas de los precios a los que el agrupador AP-GRD será vendido en el mercado, entorpeciendo así su labor comercial y generándose un tratamiento discriminatorio con respecto a los clientes de 3M España que también lo son de lasist.*
3. *Infracción del artículo 6.2 a) de la LDC y artículo 82 del TCE por imponer precios no equitativos a los precios del agrupador AP-GRD con el objetivo de impedir la competitividad del paquete global de lasist.*

Segundo.- Que se intime a 3M España para que en el futuro se abstenga de realizar estas prácticas prohibidas. En este sentido, y a la luz de lo establecido en el artículo 46.2 b) de la LDC, se propone al TDC que se arbitre un sistema para el acceso de lasist al agrupador de 3M España, sistema que deberá ser proporcionado y que deberá permitir a lasist realizar con efectividad su labor comercial respecto a su producto Clinos. Dicho sistema deberá incluir la obligación de 3M de facilitar a lasist las listas generales de precios de los agrupadores AP-GRD así como cualquier modificación u oferta específica que 3M realice en el mercado con respecto a dicho producto.

Tercero.- Que se ordene a 3M España la publicación, a su costa, en el BOE, de la parte dispositiva de la Resolución que en su momento se dicte. Asimismo, que se imponga a 3M España la obligación de informar por escrito a todos sus clientes (sean usuarios del agrupador AP-GRD, sean usuarios de Estación Clínica) de los términos de esta Resolución en la medida en que afecten a las relaciones futuras de las partes.

Cuarto.- Que se impongan las correspondientes sanciones económicas.

Quinto.- Que se adopten los demás pronunciamientos previstos en el artículo 46 de la LDC.

8. El 4 de abril de 2001 tiene entrada en el Tribunal, procedente del Servicio, el expediente instruido, dictándose el 20 de abril de 2001 Providencia de admisión a trámite del mismo con el número 517/01, se nombra Ponente a la Vocal D0. M0 Jesús Muriel Alonso y se concede a los interesados el plazo de 15 días que establece el artículo 40.1 LDC para que puedan solicitar celebración de vista y proponer las pruebas que estimen necesarias.
9. Mediante Auto de fecha 3 de enero de 2002 el Tribunal resolvió sobre las pruebas propuestas, declarando la admisión de las que se consideraron pertinentes, decidiéndose en el mismo Auto no dar lugar a la celebración de Vista oral, concediendo a los interesados un plazo de 15 días para la formulación de conclusiones.
10. Concluido el período de prueba, y tras presentar las partes los correspondientes escritos de valoración de la misma, por Providencia de 7 de febrero de 2002 se concedió, a instancia de los interesados, la prórroga del plazo para conclusiones, presentándose por los interesados, 3M y lasist los correspondientes escritos con fecha 15 y 27 de febrero de 2002, respectivamente.

La denunciante, lasist, si bien está conforme con el análisis del Servicio, estima que el mercado relevante de los agrupadores ha de restringirse todavía más reduciéndose a un solo producto "los agrupadores AP-GRD", e insiste en la participación de Sigesa en los hechos objeto de este expediente solicitando que en la Resolución que se dicte por este Tribunal se declaren las infracciones imputadas por el Servicio, imponiendo a las denunciadas la sanción que proceda.

Por contra, la parte denunciada, 3M se opone a las pretensiones del Servicio y la denunciante, reiterándose en sus anteriores alegaciones, negando la comisión de infracción alguna. En efecto, 3M se defiende alegando, básicamente, lo siguiente:

En primer término, manifiesta que no tiene posición de dominio. Así, afirma que el mercado relevante que ha de ser considerado no es el definido por el Servicio (agrupadores y analizadores), sino que el mercado se integra por "los servicios informáticos especializados para la gestión sanitaria" y que, en este mercado, la denunciante, que pertenece al grupo HCIA, competidora de 3M, es mucho más poderosa que ella, debiéndose tener en consideración que las empresas que actúan en este mercado no sólo

ofrecen los productos objeto de este expediente, sino una gama variada de productos.

Niega también que el mercado geográfico sea España, señalando que ha de entenderse que lo es el mundial, puesto que los agrupadores son productos estándar que son utilizados en todos los países, sin que el hecho de que se tengan que traducir sus manuales constituya un impedimento, toda vez que también son utilizados en Latinoamérica y, por lo tanto, no requieren de traducción..

Señala asimismo que, aunque se admitiera la existencia de los mercados relevantes señalados por el Servicio, 3M tampoco tendría posición de dominio, toda vez que no tiene posibilidad de comportamiento independiente, ni frente a sus competidores ni frente a los consumidores pues, dado el carácter público de los clientes (Administraciones y hospitales), 3M no puede actuar de modo independiente, sino, por contra, tiene que elaborar sus ofertas de acuerdo con las condiciones impuestas por la Administraciones.

Alega también que el mercado de los agrupadores y el de los analizadores son mercados independientes, no existiendo barreras de entrada para elaborar un programa de análisis y comercializarlo, como recientemente ha ocurrido (se ha introducido una nueva empresa Compac), pudiendo también los hospitales elaborar los propios programas de análisis, como ha ocurrido con el Servicio Vasco de Salud.

Finalmente, niega la existencia de alguna conducta abusiva por su parte, solicitando que se dicte una Resolución por la que se declare no estar acreditada por parte de 3M la realización de práctica alguna contraria a la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

11. El Tribunal deliberó y falló sobre el presente expediente en su sesión de Pleno celebrada el día 20 de marzo de 2002.
12. Son interesados:
 - Iasist S.A.
 - 3M España S.A.
 - Sigesa S.A.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes extremos:

1. lasist es una sociedad española perteneciente al grupo HCIA Internacional, que presta sus servicios en el campo de la información sanitaria mediante el desarrollo y comercialización de productos tales como software, estudios comparativos o de viabilidad y servicios de asesoramiento técnico. Sus actividades se centran fundamentalmente en los ámbitos relativos al coste de la asistencia sanitaria.
2. 3M es una sociedad española filial de 3M, cuyo objeto social es, entre otros, comercializar los productos desarrollados por su casa matriz. Para ello, suscriben contratos con operadores locales para promover la venta de sus productos.
3. En España, los hospitales públicos están obligados a recoger el conjunto mínimo básico de datos (el CMBD) para la elaboración del expediente sanitario del paciente (edad, sexo, etc...). Con el fin de homogeneizar los datos, el CMBD opera sobre un sistema único de codificación de diagnósticos, siguiendo la Clasificación Internacional de Enfermedades: en España, la OMS CIE-9-MC, en Francia la ICD-10, y en otros países el sistema de clasificación es diferente. Las combinaciones a que puede dar lugar el CMBD son enormes y, por ello, para reducir los datos a analizar, se utilizan los sistemas de agrupadores. Es decir, los sistemas de agrupación de pacientes son métodos de agrupación y clasificación de los enfermos a través de rasgos o características comunes de su patología, que permiten asignar a cada uno de los pacientes de un establecimiento hospitalario un código que recoge toda la información relevante sobre sus circunstancias personales y clínicas.
4. Estos productos no tienen sustitutivos próximos y, si bien existen multitud de agrupadores como, por ejemplo, los diseñados para medir la calidad del hospital, los diseñados para prevenir la mortalidad, los que definen la dolencia en relación con los recursos (evaluación de costes), etc..., existiendo también, para estos últimos, varios sistemas de agrupación como, por ejemplo, los APG, los utilizados para la asistencia ambulatoria, etc...; sin embargo, en relación con los hospitales, el agrupador más extendido en España y en EEUU, es el GRDs; los otros agrupadores no son sustitutivos de éste pues se utilizan en un ámbito distinto. El GRDs permite conocer el gasto hospitalario. En España, el sistema de clasificación que se utiliza tanto por el Insalud, como por las Administraciones Sanitarias de las Comunidades, es el GRDs. Es decir, el agrupador no tiene carácter obligatorio pero, si se utiliza uno, este es el

GRDs. Se ha de señalar que el agrupador a utilizar dependerá de la clasificación de enfermedades que se utilice, de manera que si un agrupador esta basado en el CMBD ICD-9, no puede ser utilizado para el ICD-10.

5. Dentro de los agrupadores AGRDs A existen dos líneas: los HCFA-GRDs y los AP-GRDs. Los HCFA son los primeros que surgieron y se aplican en relación con las personas mayores de 65 años. Los AP tienen una aplicación respecto de toda la población y surgieron en el año 1987. Ambos tienen multitud de versiones refinadas, dependiendo del sistema informático (Windows, MS-DOS, etc), o del sistema de clasificación de enfermedades que se siga, etc, debiendo señalar que si un agrupador está basado en un sistema informático distinto puede ser sustitutivo entre sí, pero, si el sistema para determinar el CMBD es distinto, no.
6. El agrupador HCFA fue comercializado en principio a través de HIS, sociedad que fue adquirida por 3M en 1990. Lasist ha contactado con otros proveedores no vinculados a 3M que le pueden suministrar el producto, siendo comercializada una versión refinada del mismo (Yale RGRD) por la casa matriz de lasist. Sin embargo, el agrupador AP pertenece a 3M, quien tiene los derechos de autor sobre el sistema y su aplicación informática de manera que, si alguien quiere este agrupador, necesariamente se tiene que dirigir a 3M. En España, el Comité Internacional de enfermedades aprobó la utilización de la versión AP-GRD 14.1 y versión 16 de la HCFA, existiendo libertad para los hospitales de elegir uno u otro sistema, si bien casi todas las Comunidades Autónomas y el Insalud utilizan el segundo, con lo cual se va imponiendo el uso del agrupador "AP" por los hospitales, puesto que con dichos sistemas se pretende la homogeneidad de datos. En la actualidad, casi todas las Comunidades Autónomas se decantan por el agrupador AP, (excepto Cataluña y Valencia que utilizan el agrupador HCFA, y esta última está pensando en cambiar al AP). En cuanto a los hospitales, aunque pueden utilizar el que quieran, tienden a utilizar el mismo que la Administración respectiva. Así, de 263 hospitales públicos, 163 utilizan el AP y el resto el HCFA, con lo cual, la cuota de mercado de 3M es de un 67,4% y pasaría a un 75% si la Comunidad Valenciana se decanta por el agrupador AP.
7. Una vez clasificado el paciente hospitalario en un código GRD en función de la información obtenida en el CMBD del paciente, obteniéndose así el coste del proceso, se realizan cálculos de indicadores y estadísticos para los servicios y unidades del hospital, permitiendo a los gestores hospitalarios la comparación entre servicios y unidades del hospital. Este tipo de operaciones se realiza con unos programas de ordenador empleados en la gestión sanitaria, denominados analizadores. En cuanto a

éstos, en España existen fundamentalmente dos: el CLINOS, que pertenece a lasist y ESTACIÓN CLÍNICA, que pertenece a 3M, comenzando a ser comercializado en el año 1998 y que está sustituyendo al anterior producto de dicha empresa, el Mediges. La principal diferencia es que el primero es sólo un analizador y, por tanto, precisa de un agrupador independiente, mientras que el segundo lleva los dos sistemas incorporados. Ambos pueden utilizarse con uno u otro de los agrupadores antes señalados, pero obviamente requieren de un agrupador. Hay que decir que algunos hospitales utilizan su sistema de analizador propio, como es el caso del País Vasco, y que recientemente ha entrado en este mercado otra empresa de analizadores, como Compac, en Galicia.

8. Desde el año 1993, primero en virtud de un acuerdo de intenciones firmado el 18 de febrero de dicho año, y después en virtud de un contrato de fecha 1 de abril de 1994, lasist es nombrada por 3M distribuidora preferente de ventas y servicios de los agrupadores AP-GRD. Este contrato preveía una duración de 3 años a partir de su firma.
9. Con fecha 5 de diciembre de 1995, 3M comunicó a lasist, mediante carta, que el acuerdo de distribución firmado en el año 1994 no sería renovado y que, por tanto, lasist debía utilizar los cauces ordinarios de distribución de los agrupadores AP-GRD, es decir, a través de Sigesa, empresa que, en virtud de contrato firmado el 15 de marzo de 1993, actúa como intermediaria en la relación entre 3M y el hospital o cliente final que adquiere sus productos. En dicha carta, 3M especifica a lasist también que ninguno de los compromisos que lasist adquiera con sus clientes en relación con el agrupador AP-GRD podría tener una extensión superior al 1 de abril de 1997. Dicho extremo se reitera mediante carta de fecha 25 de noviembre de 1996.
10. Con fecha 7 de marzo de 1997, tras haber comunicado lasist su protesta por la situación originada por la actuación de 3M España, Sigesa, por encargo de 3M, le comunica que se le concede la posibilidad de mantener un sistema de licencias en depósito de los agrupadores AP-GRD, con un máximo de dos y con un período de carencia de tres meses. Posteriormente, con fecha 17 de diciembre de 1997, Sigesa comunica a lasist la imposibilidad de continuar con el sistema de licencias en depósito a partir del 1 de enero de 1998, reiterándose dicha situación mediante carta de 29 de enero de 1998, en la que literalmente se manifiesta:

“...hemos acordado lo siguiente: dar por finalizadas las condiciones especiales de compra de producto indicadas en nuestra carta de 7 de marzo de 1997. Como consecuencia de esta finalización, lasist continuará teniendo acceso a la compra de las licencias AP-GRD en las condiciones

normales de mercado, y siempre que lasist sea el usuario final de las mismas. Quedan por lo tanto, excluidas, aquellas opciones que supongan la utilización de estas licencias como complemento o apoyo comercial en la venta de otras aplicaciones software”.

11. Con fecha 30 de septiembre de 1999, lasist solicitó a Sigesa las listas generales de precios del agrupador AP-GRD, contestando 3M, a través de Sigesa, con un fax del siguiente tenor: “ponemos en su conocimiento que no es posible facilitarles precio de venta al público como base de su información genérica para cualquier cliente potencial para 1 y 3 años, tanto de las renovaciones como para una primera licencia. Si es de su interés y, como ya conocen, no existe inconveniente alguno para remitir presupuestos concretos, específicos para cualquiera de sus clientes potenciales”.

Consistiendo, a partir de dicho momento, el sistema que tiene que utilizar lasist para la venta de su analizador “Clinos”, en el siguiente:

- lasist vende a un hospital o a un Centro de Salud un analizador “Clinos” y entonces, si actúa como intermediario de su cliente (en cuyo caso tiene que presentar el consentimiento expreso del mismo), se tiene que dirigir a Sigesa (con copia a 3M) señalando necesariamente el nombre de su cliente que desea el agrupador AP-GRD; en el caso de que sea el hospital quien directamente compre el agrupador AP-GRD, también se tiene que dirigir a Sigesa, como intermediario de 3M. Sólo entonces lasist, el hospital o Centro de Salud reciben de 3M (a través de Sigesa), una oferta concreta de los precios del agrupador AP-GRD, acorde con las características concretas del cliente. Posteriormente, el hospital o centro de salud recibe la licencia sin cumplimentar para que la firme y la reenvíe a 3M.
12. Con fecha 9 de diciembre de 1998, el Insalud, a raíz de los cambios que tenían que realizarse en las estructuras informáticas tras las modificaciones aprobadas en la Clasificación Internacional de Enfermedades con las que se codifica el CMBD, solicitó a 3M y lasist sus mejores ofertas sobre los GRDs y los analizadores. En dicha oferta, el precio que 3M señaló para el agrupador AP-GRD que debía ser combinado con el software de análisis Clinos, casi un 38% superior al que se ofertó finalmente cuando lasist realizó las correspondientes reclamaciones.
 13. Finalmente, consta acreditado que en el año 1997 la mitad de los clientes de lasist utilizaban el agrupador AP-GRD, mientras que en la actualidad el

grueso de sus clientes utilizan el agrupador HCFA-GRD, de manera que el total de hospitales o centros de salud que en la actualidad utilizan un software de análisis y el agrupador AP, sólo el 10% son clientes de lasist.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De los hechos declarados probados en esta Resolución, y que constan acreditados mediante la prueba practicada y obrante en el expediente, deduce el Servicio de Defensa de la Competencia la comisión por parte de 3M de una infracción prevista en el artículo 6 de la LDC y en el artículo 82 del TCE. Así, el Servicio estima que la actuación de 3M, al excluir a la denunciante de la posibilidad de tener acceso a las licencias comerciales de los agrupadores AP-GRD, respecto de los que 3M tiene derechos exclusivos, como complemento comercial en la venta de su analizador “Clinos”, negándole, además, las listas generales de precios de su agrupador AP-GRD e incrementando el precio del mismo en la oferta presentada al Insalud, constituye un abuso de posición de dominio por parte de la hoy expedientada, toda vez que coloca, sin justificación objetiva alguna, a su competidor en el mercado de analizadores en una situación de dependencia respecto de ella, entorpeciendo su actividad y dando un tratamiento discriminatorio a los usuarios del agrupador GP-GRD cuando quieren adquirir el analizador “Clinos”.

Ante dichas imputaciones, y vistas las alegaciones efectuadas por las partes intervinientes en este expediente, se ha de comenzar indicando la imposibilidad de declarar en esta Resolución responsabilidad alguna de la entidad Sigesa, pese a las invocaciones que al respecto realiza la denunciante. En efecto, es de señalar que respecto de dicha entidad, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó el sobreseimiento del expediente mediante Acuerdo de fecha 13 de marzo de 2001, notificado a las partes el 16 de dicho mes y año, al considerar que su intervención en los hechos objeto de este expediente se reduce a la de mero “comisionista o agente” de 3M, siendo, por tanto, su actuación irrelevante para la normativa de Defensa de la Competencia, al estimarse que, al actuar por cuenta y riesgo de su mandante, no se está en presencia de operadores económicos independientes y, por tanto, no cumplen las condiciones para ser sujetos pasivos de las prohibiciones contenidas en la misma.

Al ser esto así, habiendo ganado firmeza dicho Acuerdo, pues contra él no se ha utilizado vía de impugnación alguna, resulta clara la imposibilidad de analizar ahora la pretensión de la denunciante sobre la responsabilidad en los hechos declarados probados de la entidad Sigesa, toda vez que dicho pronunciamiento, contra el que la hoy denunciante, lasist, pudo formular recurso y no lo hizo, agota la posibilidad de alteración alguna sobre la responsabilidad de aquélla, debiéndose reputar extemporáneas las peticiones que al respecto formula ahora la denunciante, lasist.

Segundo.- Entrando ya en el examen de la actividad realizada por 3M a fin de establecer si la misma es o no constitutiva de la infracción prevista en el artículo 6 de la LDC y, en su caso, determinar la sanción adecuada y habida cuenta de que ésta discrepa de la valoración efectuada por el Servicio, disintiendo del mercado relevante definido y negando ostentar posición de dominio alguna y, por lo tanto, la existencia del abuso que se le imputa, ha de comenzarse indicando que, como tiene declarado reiteradamente este Tribunal y numerosa Jurisprudencia, (entre otras, Resolución de 19 de abril de 1995 y 25 de mayo de 1995, sentencia AN22-01-1998, rec6/1994), el análisis de la citada infracción exige un triple examen, a saber: en primer lugar, precisa la determinación del mercado relevante; en segundo lugar, la evidencia de que los operadores económicos implicados en la conducta examinada tienen posición de dominio en el mercado relevante previamente definido y, por último, la evidencia de que dichos operadores han abusado de su posición privilegiada en el mercado.

Por lo tanto, lo primero es la determinación del mercado relevante. La Comisión Europea en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997, (97/c 372/03), señala que *“el mercado del producto relevante comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”*, señalando también que *“el mercado geográfico relevante comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”*.

Pues bien, aplicando estos criterios y aunque la hoy expedientada, 3M España, alega que el mercado relevante a considerar es más amplio que el definido por el Servicio (señalando como tal el de “los servicios informáticos especializados para la gestión sanitaria”) y que, por el contrario, la denunciante, lasist, estima que es más restringido (pues si bien coincide básicamente con el Servicio, lo limita a los “agrupadores” AP-GRD) el Tribunal considera que, a efectos de la presente Resolución, el mercado relevante está perfectamente delimitado e identificado por el Servicio cuando lo describe como el que abarca tan sólo los agrupadores destinados a los cálculos relativos a la gestión económica de las estancias hospitalarias (los agrupadores HCFA-GRD y los AP-GRD) y un mercado relacionado que es el de “los analizadores” y que comprende los programas informáticos que, a partir de los códigos obtenidos previamente con los “agrupadores”, permiten obtener las previsiones necesarias para la gestión hospitalaria, presentándose los agrupadores y analizadores como productos complementarios que deben utilizarse conjuntamente.

Dentro del mercado de “agrupadores” es indudable que tan sólo existen dos grupos básicos: el sistema HC-GRD y el AP-GRD pues, como se ha expuesto en los Hechos Probados de esta Resolución, aunque existen multitud de agrupadores (por ejemplo, los utilizados en la atención ambulatoria o los sistemas refinados de los GRDs), lo cierto es que, desde la demanda y oferta, este abanico de agrupadores no se presenta como sustituibles, toda vez que los agrupadores utilizados por los hospitales especializados no son sustitutivos de los utilizados en los centros de atención primaria, ni los agrupadores refinados, que realizan una reclasificación obtenida a partir de los HCFA y AP, aunque pueden considerarse complementarios de éstos, tampoco son sustitutivos. Además, ha de indicarse que los agrupadores HCFA y los AP dejan de ser, incluso, sustitutivos entre sí, cuando el sistema para recoger el Conjunto Mínimo Básico de Datos es distinto, como también se ha señalado en los Hechos probados.

Por tanto, a juicio de este Tribunal, es correcta la decisión del Servicio cuando señala como mercado geográfico el nacional, toda vez que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y diferentes de las existentes en otros territorios y, dentro del mercado de agrupadores, solamente los sistemas de agrupación HCFA-GRD y AP-GRD; y ello porque, aunque es cierto que el primero no incluye a toda la población cubierta por el sistema

de sanidad pública, (se refiere tan sólo a los mayores de 65 años), mientras que el segundo sí, lo cierto es que ambos agrupadores resultan, en definitiva, sustituibles entre sí, existiendo libertad para los hospitales y centros de salud para utilizar uno u otro, habiéndose aprobado por el Comité Internacional de Enfermedades la utilización de ambos sistemas, (del AP-GRD 14.1 y versión 16 del HCFA-GRD) .

En definitiva, parece claro que los mercados afectados y a los que debe referirse la presente cuestión son el mercado de *agrupadores* (que incluye los dos sistemas: el HCFA-GRD y el AP-GRD) y, relacionado con éste, el mercado de *analizadores*, toda vez que éstos requieren la utilización de un agrupador, estando condicionada su oferta por el acceso a aquellos, siendo las empresas denunciante y la hoy expedientada las únicas empresas competidoras, (lasist con el software Clinos y 3M con “Estación Clínica”).

Tercero.- En cuanto a cuál es la posición que ostenta en dicho sector la hoy expedientada, no resulta ocioso comenzar indicando que la noción de posición de dominio, que no se encuentra definida ni en el art.6 de la LDC ni en el art. 82 del TCE, ha sido profundamente elaborada por la doctrina y jurisprudencia, que han señalado como elementos imprescindibles para la misma, principalmente dos: el poder económico y la independencia de comportamiento. Así, se ha dicho que “una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tiene en el mismo poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores y consumidores y de esta manera ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto”, (Resolución de este Tribunal, Bacardí 30-IX-99, Electra Avellana 7-VII-99), señalando el Tribunal Supremo, (Sentencia, Sala 30 de 10-01-2002), así como el Tribunal de Justicia Europeo, (Sentencias 14 de febrero de 1978 y 13 de febrero de 1979, entre otras, Asuntos 27/76 United Brands/Comisión y 87/76 Hoffman-La Roche/Comisión), que “la posición dominante es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y, en definitiva, de los consumidores”, siendo acogida e incorporada dicha doctrina por la Comisión Europea en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997, que, además de otros factores, señala

también como muy significativa la “cuota de mercado”, (habiendo apreciado el TJCE una posición de dominio a partir de cuotas de mercado iguales o superiores al 40% -Sentencia, asunto United Brands y al 50% -sentencia 3 de julio de 1991, asunto AKZO/Comisión).

Pues bien, aplicando estos criterios al presente caso y pese a que la denunciada cuestiona su posición de dominio en el mercado de agrupadores sobre la base de que existe otra opción en el mercado alternativa a la suya y de que, en definitiva, al ser la Administración el principal cliente, es ésta la que marca las condiciones del negocio el Tribunal estima que 3M ostenta posición de dominio en el mercado de agrupadores antes definido.

En efecto, ha de tenerse en consideración que el agrupador AP-GRD, sobre el que 3M tiene derechos de propiedad intelectual, de manera que el acceso a los mismos sólo se puede realizar a través de dicha entidad, no existiendo otras alternativas de suministro, no sólo es el que es utilizado mayoritariamente por las Administraciones y hospitales, pues casi todas las Administraciones Autonómicas (excepto Cataluña y Valencia) utilizan dicho agrupador, así como 167 hospitales, de los 267 existentes, sino, además, es el que se va imponiendo en el mercado. Es decir, 3M, que en la actualidad tiene una cuota de mercado de más de un 67%, es la única entidad mediante la que se puede acceder al agrupador AP, siendo en la actualidad el más utilizado y el que se va imponiendo en el mercado, pues se trata de productos que por su propia naturaleza tienden a la homogeneización progresiva de su actividad, condicionando, a su vez, la paulatina expulsión de otros productos de la competencia, actuando de modo inexorable con “efecto red” que hace que su predominio sea cada vez mayor, tendiendo inexorablemente a generalizarse, como lo demuestra el sentido unívoco de la evolución de las cuotas de uno y otro agrupador, así como el hecho de la no existencia de migración del agrupador AP a HCFA y sí, por contra, a la inversa.

De otra parte, ha de indicarse que el hecho de que sea la Administración el principal cliente de dichos agrupadores no supone que por ese motivo pueda imponer de forma absoluta unas determinadas condiciones, privando a 3M España de cualquier ventaja que pudiera obtener de su posición dominante, pues es obvio que, si bien en un principio, el peso como cliente de la Administración puede otorgar a ésta ciertas ventajas en la negociación, no lo es menos que, llegados al punto actual de

introducción del producto y no digamos aún al que será previsible cuando la mencionada homogeneización vaya ganando terreno, la posición de la hoy denunciada se reforzará todavía más, incluso frente a la Administración hospitalaria, que seguirá, en gran medida, dependiendo de aquélla al tener 3M no sólo los derechos de autor sobre el software de agrupación sino también respecto del propio sistema de codificación de datos médicos.

Por todo ello, puede concluirse, como afirma el Servicio, que en un mercado de la especial naturaleza como el que nos ocupa, la situación de la denunciada si puede catalogarse como de dominante que le permite actuar con independencia frente a sus competidores y clientes.

Cuarto.- Esta posición que 3M ocupa en el mercado de los agrupadores irradia, sin duda, unos efectos relevantes hacia el mercado de los analizadores, donde compiten la denunciante y la denunciada a través de sus sistemas de análisis: el Clinos y Estación Clínica, habida cuenta de la vinculación que existe en la utilización de uno y otro componente ya que siempre se necesita el primero (el agrupador) para la aplicación del segundo (el analizador).

Este planteamiento nos lleva a la doctrina de las instalaciones esenciales y de los mercados conexos que, como ha expuesto recientemente este Tribunal, (Resolución recaída en el expte . 513/01 Tubogas/Repsol) básicamente se refiere a aquellas empresas con posición de dominio en un mercado que se aprovechan de la misma para tratar de producir efectos discriminatorios en otro mercado relacionado en el que también tiene presencia.

A tal efecto, se ha de indicar que no desconoce este Tribunal que, para la aplicación de dichas doctrinas, el Tribunal de Justicia Europeo ha venido exigiendo que la infraestructura, servicio, producto o información de la empresa dominante sea esencial, es decir, imprescindible para el desarrollo de las actividades del competidor (Sentencia, Oscar Bronner de 26 de noviembre de 1998, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el un Tribunal austriaco) o que la empresa con posición de dominio en un mercado, mediante la conducta abusiva, genera una distorsión de las condiciones de competencia de la que se deriva una ventaja económica (Sentencia Comercial Solvent de 6 de marzo de 1974, en la que se declaró abusiva la negativa de suministro del productor dominante de aminobutanol a una empresa con la que competía

en el mercado conexo de un medicamento antituberculoso para cuya fabricación se utilizaba como materia prima el aminobutanol, o Sentencia de 6 de abril de 1995, AKZO/Comisión, en la que se declaró aplicable el art. 86 del Tratado a una conducta de una empresa dominante en el mercado de planchas de yeso consistente en conceder una ventaja en el mercado conexo del yeso a quienes sólo le compraban las planchas) e incluso se ha admitido y calificado como abusiva la conducta realizada por una empresa en posición dominante en un mercado distinto del mercado dominado cuando concurren circunstancias especiales, y presenta una conexión con la posición dominante que se ostenta, de manera que la empresa encausada goza de una libertad de acción que no tiene su competidor en el mercado distinto, (Sentencia TJE de 14 de noviembre de 1996, asunto Tetra Pak que admite la aplicación del artículo 86 a una conducta realizada en un mercado distinto del dominado dadas las circunstancias especiales que concurrían en el caso, que probaban que la empresa expedientada gozaba de una libertad de acción que no tenían sus competidores en este mercado distinto).

Quinto.- Pues bien, en el presente caso, si bien el agrupador AP no resulta ser imprescindible para que la denunciante pueda efectuar su actividad, ello no excluye el que la actuación de 3M tenga una excesiva influencia en el otro mercado, dada la conexión existente entre ambos, pues es indudable que los agrupadores y los analizadores se presentan como productos complementarios que deben utilizarse conjuntamente, de manera que los hospitales exigen de las empresas suministradoras la oferta simultánea de ambos productos, quedando condicionada la competencia en el mercado de analizadores por las posibles conductas excluyentes en el mercado de agrupadores, estando constatado en el expediente que la denunciante se encuentra en una clara situación de dependencia competitiva en el mercado de analizadores, no por la inferioridad de su producto (Clinos), sino por la actuación llevada a cabo por la expedientada.

En efecto, consta acreditado que 3M llevó a cabo la ruptura de las relaciones contractuales que venía manteniendo con la denunciante lo que, sin duda, está, en principio, plenamente legitimada a hacer y que podría estar justificado al tratarse de empresas competidoras a nivel mundial, pero que en el presente caso presenta también connotaciones que van más allá de esa lógica competencia.

Así, cuando 3M limita la posibilidad de adquisición del agrupador AP por parte de la denunciante sólo a los supuestos de que sea cliente final o directamente a éste, con ello está imposibilitando gravemente, y más allá de lo que sería una práctica razonable en el mercado, las posibilidades de que su producto pueda ser ofrecido en combinación con el de la denunciante dificultando de este modo, en gran medida, la salida del producto de ésta, sin justificación objetiva alguna y con aprovechamiento de la posición de que goza, como ya se expuso antes, en el mercado de agrupadores.

Conducta que, a su vez, se ve reforzada en su irregularidad, al exigir a lasist la identificación del cliente final, antes de servir su producto, a fin de proporcionarlo ella directamente con lo que obtiene de su propia y única competidora una información que le otorga una indudable ventaja comercial, cuyo resultado se observa en la línea seguida por la evolución de la pérdida de clientes de la denunciante durante el tiempo en que tal situación perduró.

Máxime, todo ello si, además, y de nuevo injustificadamente, niega a la denunciante la entrega de información tan capital como el listado general de precios del expresado agrupador, impidiéndole hacer una oferta conjunta al cliente final que pueda competir con el software “Estación Clínica” que la denunciada ofrece y que agrupa el analizador y el agrupador.

Por último, también es de resaltar cómo, objetivamente, consta acreditado que los precios que la denunciada estableció para su agrupador en un momento tan trascendental para la difusión del producto, como es la negociación con el Insalud, fueron manifiestamente superiores para el agrupador AP al que con anterioridad se venía estableciendo para dicho producto, encareciendo injustificadamente la combinación final de la oferta que podía hacer la denunciante al tener que sumar al precio de su analizador el del agrupador procedente de la denunciada, incrementado así, y casi anulando sus posibilidades de competir con el producto conjunto que la denunciada ofrecía. Y ello, según la propia denunciada reconoce aunque lo intenta justificar manifestando que tal conducta se produjo en una sola ocasión lo que, en modo alguno, le exculpa ya que, como queda dicho, esa única ocasión se produjo en la negociación con el Insalud, aunque, a la postre y por las protestas que se produjeron, hubo de rectificar el precio.

Sexto.- En estas condiciones, el Tribunal estima que 3M España, desde su posición dominante en el mercado de agrupadores, al limitar las condiciones de suministro de las licencias del agrupador AP-GRD a través de lasist a los clientes finales, negándose a poner a disposición de lasist, con carácter previo a que ésta haya identificado a un cliente potencial, las listas generales de precios del referido agrupador e imponiendo precios no equitativos de dicho producto, conductas que deben considerarse de manera global, toda vez que responden a una estrategia de conjunto, ha cometido un abuso de posición dominante prohibido por el art. 6 de la LDC, imponiendo, sin justificación objetiva alguna, unas limitaciones y desventajas a su único competidor en el mercado de los analizadores, distorsionando la competencia en dicho mercado conexo al de los agrupadores en el que tiene posición dominante y ello sin que se deba acudir al artículo 82 del TCE, como pretende el Servicio, pues éste exige, como se ha puesto de manifiesto por la Comisión y reiterada jurisprudencia del TJE, que el comercio intracomunitario se vea afectado por la práctica abusiva, lo que no ocurre en el caso examinado, toda vez que el abuso contemplado tiene tan solo alcance nacional, no afectando al comercio intracomunitario o a una parte esencial del mismo.

Séptimo.- Una vez calificada como infractora la conducta efectuada por 3M, procede determinar las consecuencias que la misma ha de tener a juicio de este Tribunal, en el ejercicio de la potestad sancionadora que le confiere la LDC.

A tal efecto, es de indicar que el art. 10 LDC establece la posibilidad de castigar las infracciones del art. 6 con multas de hasta 150.000.000 pesetas (901.518 euros), que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal, señalando el art. 9 de la LDC que quienes realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos para que cesen en las mismas y, en su caso, obligados en la remoción de los efectos, estableciendo, el art. 46 de la citada Ley la posibilidad de que las Resoluciones del Tribunal impongan condiciones u obligaciones determinadas.

Pues bien, en el presente caso, para la determinación de la cuantía de la multa ha de tenerse en cuenta, por una parte, que la práctica de que se trata provoca serias restricciones en la competencia,

pues el abuso es especialmente grave para ésta, así como que 3M España no podía ignorar que con su conducta estaba infringiendo el precepto antes expresado, eliminando casi del mercado a su único competidor, pues tras la realización de dichas prácticas, lasist sufrió una considerable pérdida de clientes, de manera que, en la actualidad, tan sólo el 10% de los hospitales que utilizan el agrupador de la denunciada, son clientes también de lasist; pero, por otra, ha de valorarse también, como señala el citado art. 10 LDC, la pequeña dimensión del mercado afectado, que no supera los 150.000 euros, estimándose, por todo ello, ajustada y proporcional a las circunstancias concurrentes en este caso, imponer a la denunciada una multa de 4.200 euros, procediendo también adoptar la medida de intimación prevista en la Ley a la hoy expedientada para que, en lo sucesivo, se abstenga de continuar con las prácticas anteriormente descritas y limitadoras de la libre competencia, pero sin que proceda la adopción por parte de este Tribunal de sistema alguno respecto de las relaciones entre la denunciante y la denunciada, como propone el Servicio, por el carácter excesivamente intervencionista que supondrían las mismas y que entrañarían, en este caso, un exceso de las facultades de este Tribunal.

Por todo ello, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia, por mayoría

RESUELVE

- Primero.-** Declarar acreditada la realización por parte de 3M España S.A. de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al imponer, sin justificación objetiva alguna, unas limitaciones y desventajas a su único competidor en el mercado de los analizadores, distorsionando la competencia en dicho mercado conexo al de los agrupadores en el que tiene posición dominante.
- Segundo.-** Imponer a 3M España S.A., como autora de esta conducta prohibida una multa de 4.200 euros.
- Tercero.-** Intimar a 3M España S.A. a que se abstenga de realizar dicha conducta en el futuro.

Cuarto.- Ordenar a 3M España S.A. la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional.

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