

Bruselas, 26. 08. 1999

**SG (99) D/ 7040**

**Asunto: IV.F.1./ 36.834-FENIN**

**I. INTRODUCCIÓN Y PROCEDIMIENTO.**

1. El pasado 12 de diciembre de 1997, FENIN remitió un escrito por el que solicitaba a la Comisión la constatación de la existencia de una infracción de lo dispuesto en los artículos 3 párrafo g, 10, 82 y 86<sup>1</sup> del Tratado CE. Tras una reunión con los servicios de la Dirección General de la Competencia<sup>2</sup>, FENIN presentó un informe complementario a la solicitud el pasado 12 de mayo de 1998.
2. En su carta de fecha del 2 de diciembre de 1998, con arreglo a lo previsto en el artículo 6 del reglamento 99/63 (CE) de la Comisión<sup>3</sup>, la Comisión informó a FENIN de su conclusión provisional de que, a la vista de los elementos de que disponía<sup>4</sup>, no procedía dar curso favorable a su solicitud, por la parte basada en el artículo 3 del Reglamento 17 del Consejo. La carta también emplazaba a FENIN a

---

<sup>1</sup> Tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el pasado 1 de mayo de 1999, los artículos 5, 86 y 90 han pasado a ser los artículos 10, 82 y 86 respectivamente. En consecuencia, toda mención del término "artículo 86" ha sido substituida por "artículo 82".

<sup>2</sup> En la reunión se informó a FENIN, entre otras cosas, que, según lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 1 del Reglamento nº17, la Dirección General de la Competencia transmitía copia de toda solicitud a las autoridades nacionales competentes inmediatamente tras la presentación. La Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda, contra el que se presenta entre otros la solicitud, es una autoridad nacional de competencia a que se refiere el artículo 10 del Reglamento nº17.

<sup>3</sup> Abrogado por el Reglamento de la Comisión (CE) 2842/98 de 22 de Diciembre de 1998 (DOCE L-354 de 30.12.1998), que entró en vigor el pasado 1 de febrero de 1999.

<sup>4</sup> La carta del 2 de diciembre 1998 no formula ninguna invitación a consultar el expediente de la Comisión, ya que éste sólo contiene, junto a los documentos internos de la Comisión, la solicitud y observaciones siguientes de FENIN, dado que la información era clara y exhaustiva.

**FENIN**

**Juan BRAVO 10, 3a Planta**

**E - 28006 Madrid**

que, en el plazo de dos meses, presentase sus observaciones, por dicha parte basada en el artículo 3 del Reglamento 17.

3. Mediante carta fechada el 10 de febrero de 1999, FENIN puso en conocimiento de la Comisión sus observaciones sobre el contenido de la carta del 2 de Diciembre 1998. En su carta, FENIN solicitó que la Comisión adoptase una decisión formal suficientemente motivada en relación con los elementos de hecho y de derecho alegados tanto en su solicitud inicial e informe complementario, como en dicha carta de observaciones.
4. Por lo que se refiere a sus alegaciones acerca de la obligación de que la ley de presupuestos y la normativa de organización del Sistema Nacional de Salud del Estado español no vulneren las normas de competencia que el tratado establece y, en particular, sus artículos 3 párrafo g, 10, 82 y 86, cabe señalar que no debe sustraerse artificialmente a los artículos 86, párrafo 3 o 226 un procedimiento regulado por estas disposiciones<sup>5</sup>. Esas alegaciones están fuera del objeto del presente procedimiento.
5. Por tanto, la presente decisión se circunscribe únicamente a la parte de la solicitud que, sobre la base del Reglamento nº 17, alega un abuso de posición dominante contrario al artículo 82 del tratado.

## II. HECHOS

6. En lo que respecta al artículo 82, la solicitud, el informe complementario y las posteriores observaciones de FENIN ("la solicitud" en lo que sigue) contienen los principales argumentos pertinentes que a continuación se resumen.

### A. Existencia de empresas.

7. La solicitud expone que todos y cada uno de los entes españoles que a continuación se enumeran, han cometido una infracción al artículo 82<sup>6</sup>: Ministerio de Economía y Hacienda, Ministerio de Sanidad y Consumo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Tesorería General de la Seguridad Social, Insalud, Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, Consejería de Economía de la Junta de Andalucía, Servicio Andaluz de Salud, Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias, Consejería de Economía del Gobierno de Canarias, Servicio Canario de la Salud, Conselleria de Sanitat i Seguretat Social de la Generalitat de Cataluña, Conselleria de Economia i Finances de la Generalitat de Cataluña, Servei Català de la Salut, Institut Català de la Salut, Consejería de Sanitat de la Generalitat Valenciana, Consejería de Economía, Hacienda y Administración Pública de la Generalitat Valenciana, Dirección General de Atención Primaria y Farmacia de la Generalitat Valenciana, Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Xunta de Galicia, Servicio Gallego de Salud, Departamento de Salud de Navarra, Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra, Servicio Navarro de Salud,

---

<sup>5</sup> Sentencia del TPI del 19 de febrero de 1997, T-117/96 Intertronic, motivo 11. RJTCE p. II-141, confirmado por TJCE el 15 de diciembre de 1998. caso C-196/97 RJTCE p.I-199

<sup>6</sup> Solicitud, p. 7-9, 42.

8. Dichas entidades en su conjunto, constituyen el Sistema Nacional de Salud y, según FENIN, cuando compran suministros, se debe considerar que son una o varias empresas que juega(n) un papel de demandante(s), ya que su actividad de compra y pago reviste un carácter económico y empresarial<sup>7</sup>, pudiendo ser así disociada de su actividad pública de prestación de servicios sanitarios a la población<sup>8</sup>.
  9. FENIN basa dicha apreciación en una interpretación de jurisprudencia y doctrina. Sucintamente, dicha apreciación se basa en criterios funcionales para rechazar el estatuto jurídico y el modo de financiación como criterios orgánicos constitutivos de la noción de empresa. Tales criterios funcionales, en el caso de la seguridad social, permitirían considerar que ciertas actividades del Sistema Nacional de Salud que éste desarrollaría como operador económico privado, serían disociables de su actividad pública principal<sup>9</sup>.
  10. Según la anterior interpretación, las actividades de encargar y adquirir productos sanitarios y gestionar el servicio de pago que constituyen, según FENIN, la actividad económica disociable, estarían sometidas a la normativa de competencia. En cambio, no se aplicaría dicha normativa al conjunto de la actividad de seguridad social<sup>10</sup> de prestación de asistencia de sanidad a la población, basada en el principio de solidaridad nacional, ya que no es una actividad económica y constituye el eje del servicio público universal<sup>11</sup>.
- B. Posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.**
11. Según FENIN, dichas entidades explotan de forma abusiva, individual o colectivamente, su posición dominante compradora de productos sanitarios utilizados en los centros públicos de sanidad<sup>12</sup> en una parte sustancial del mercado común, a saber, el territorio español<sup>13</sup>, en el cual, las compras realizadas por la sanidad pública representan más de tres cuartas partes del total (en concreto, el 77%)<sup>14</sup> y la satisfacción de la demanda está principalmente garantizada por el Sistema Nacional de Salud, que está dotado de competencias legislativas y reglamentarias especiales para proporcionar servicios de sanidad pública.

---

<sup>7</sup> Solicitud, p. 18, 22.

<sup>8</sup> Solicitud, p. 26-27.

<sup>9</sup> Solicitud, p.23-25, 28-29.

<sup>10</sup> La expresión "seguridad social" no ha de entenderse como una referencia a un organismo o ente determinados.

<sup>11</sup> Solicitud, p.23, 27. Observaciones, p.7-11.

<sup>12</sup> Las compras incluyen la totalidad de los productos sanitarios susceptibles de ser utilizados en hospitales, que pertenecen a los sectores de diagnósticos in vitro, electromedicina, implantes, material desechable, cardiovascular, nefrología, servicios, dental y ortopedia entre otros, Solicitud, p.35.

<sup>13</sup> Solicitud, p. 38.

<sup>14</sup> Solicitud, p.39.

### C. Explotación abusiva.

12. La explotación abusiva, individual o colectivamente, de la posición dominante resultaría, en primer lugar, de la imposición de condiciones de transacción no equitativas resultante de excesivas demoras en el pago de los suministros ya que, según las informaciones transmitidas, el plazo medio de pago en el territorio español era de 271 días en Diciembre de 1997, con un máximo de 557 días en Andalucía<sup>15</sup>; en segundo lugar, en la solicitud de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza y por los usos mercantiles, no guardan relación alguna con el objeto del contrato como, por ejemplo, aportaciones económicas para celebrar aniversarios de hospitales o la compra de maquinaria vieja como condición para la obtención de nuevos contratos de suministro; en tercer lugar, el abuso consistiría en la imposición de precios máximos de compra en perjuicio del desarrollo técnico del sector<sup>16</sup>.

### D. Afectación al comercio entre los Estados miembros.

13. En opinión de FENIN, la afectación del comercio entre Estados miembros resultaría del origen comunitario de gran parte de las empresas y productos presentes en las compras del Sistema Nacional de la Salud, así como de los efectos sensibles en la tesorería y, por ende, en las estrategias comerciales de dichas empresas, de retrasos en los pagos cuyo valor total era de ESP 180.322 millones (EUR 1.083 millones) en Diciembre de 1997<sup>17</sup>.

## III. APRECIACIÓN JURÍDICA

14. La Comisión ha de examinar los elementos de hecho y de derecho alegados en la solicitud para verificar si se cumplen todas y cada una de las condiciones de aplicación del artículo 82. En este caso la Comisión circunscribe su examen a una de las condiciones, a saber, el carácter de empresa de los veintiséis Ministerios y entes denunciados.
15. La noción de empresa a efectos del artículo 82 del Tratado incluye cualquier entidad que realiza una actividad económica, independientemente de su estatuto legal y de su modo de financiación. El concepto de actividad económica delimita pues la existencia de una empresa y no el efecto económico o en la competencia de una actividad.

### A. Cualificación de los organismos denunciados como empresas.

16. No cabe duda que los veintiséis Ministerios y entes denunciados participan en la gestión del servicio público de la seguridad social. Según concluye el Tribunal de Justicia: *“las entidades gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de Seguridad Social desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa. Las*

---

<sup>15</sup> Informe complementario, p.18.

<sup>16</sup> Solicitud, p. 48-49, 57-58.

<sup>17</sup> Solicitud, p.41. Informe complementario, p. 8-10-19.

*prestaciones que se abonan son prestaciones legalmente determinadas e independientes de la cuantía de las cotizaciones. De lo anterior se deduce que dicha actividad, es decir, la gestión del servicio público de la Seguridad Social, no es una actividad económica y que, por tanto, las entidades encargadas de la misma no constituyen empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado*"<sup>18</sup>.

17. Una actividad de sanidad pública que proporciona servicios al público en general, exclusivamente basada en el principio de solidaridad nacional, financiada por contribuciones, cuyos beneficiarios no son seleccionados en función de características determinadas y no obtienen un beneficio proporcional a lo que pagan, no puede ser realizada por una empresa con ánimo de lucro y no constituye pues una actividad de naturaleza económica.
18. La fuerte componente de redistribución de recursos materializada en la solidaridad nacional implica que solamente el ejercicio de prerrogativas estatales permite la afiliación al sistema de ciertos elementos de la población, independientemente de la cuantía de sus ingresos, que hace que el sistema sea financieramente viable. La redistribución crea además un volumen de demanda de suministros médicos que no existiría necesariamente en un sistema a fines lucrativos. La importancia del ajuste presupuestario para equilibrar el sistema con cargo al Estado en éste caso y la necesidad que la actividad sea ejercida por entes públicos o por agentes de éste son también claros indicios de que la actividad no es en sí económica.
19. Puesto que los veintiséis ministerios y organismos denunciados no son empresas cuando participan en la gestión del servicio de sanidad pública de la seguridad social, resta examinar si de dicha gestión se puede disociar la actividad de compra y pago de suministros médicos, en cuyo ejercicio se les pudiera tipificar como empresas a los efectos del artículo 82 del tratado.

---

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1993, casos acumulados Poucet & Pistre [1993] RJTJCE 1993, p I-0637, motivos 18-19. El motivo siguiente, que aplica a la cuestión prejudicial específica el principio general de los motivos 18 y 19, dice: "*Habida cuenta de todas las consideraciones precedentes, procede responder al órgano jurisdiccional nacional que el concepto de empresa, en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado, no están comprendidas las entidades encargadas de la gestión de los regímenes de la Seguridad Social, como las descritas en las resoluciones de remisión*". Nótese que se reitera el mismo principio general expuesto en los considerandos 18 y 19 y, tras una coma, se aplica a las entidades mencionadas en la resolución, como se aplicaría a otras similares que se encargaran de la gestión de los regímenes de la Seguridad Social. Una formulación alternativa que hubiese pretendido circunscribirse únicamente a las entidades descritas en las resoluciones hubiese podido ser: "... no están comprendidas las entidades encargadas de la gestión de los regímenes de la Seguridad Social descritas en las resoluciones de remisión". Nótese también que el sumario de la sentencia dice: "*El concepto de empresa, en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado, comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica. Por consiguiente, están excluidas de dicho concepto las entidades que participan en la gestión del servicio público de la Seguridad Social, las cuales desempeñan una función de carácter exclusivamente social y ejercen una actividad que se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa*".

- B. Carácter disociable de la compra y pago con respecto a la actividad de prestación de servicios de sanidad pública.**
20. Para que una parte de la actividad de un operador, público o privado, sea disociable en sí y constituya una actividad económica con el fin de determinar si se trata de una empresa, no basta con que exista una actividad. Del hecho que una actividad u operación ejercida por un operador, la de compra y pago en este caso, provoque efectos económicos no puede deducirse ni que a todo efecto económico corresponde una actividad económica ni que la entidad que los provoca sea una empresa a los efectos del artículo 82 del tratado. El ejercicio autónomo como única actividad en el mercado de la parte de la actividad que se presupone disociable ha de ser económicamente viable, a corto, medio o largo plazo.
21. Cabe señalar que no se aduce que exista ningún ejemplo de empresa real cuya única actividad en el mercado afectado sería la presuntamente disociable de compra y pago de suministros médicos. Es evidente que una empresa con objetivo de rentabilidad cuya única actividad sería la presuntamente disociable de compra y pago postergaría eternamente la realización de su beneficio potencial y acumularía infinitas pérdidas o deudas con sus acreedores. La ausencia de ejemplo es un indicio de que la actividad no es disociable.
22. La disociación con respecto a ulteriores transacciones remuneradas no es ni económicamente racional ni realista. Las operaciones de compra y pago se realizan en combinación con otras operaciones económicas, cuyo conjunto puede formar una actividad económica, siendo la entidad que las lleva a cabo una empresa. Ninguna empresa puede realizar ni realiza únicamente la actividad presuntamente disociable de comprar y pagar dentro de un marco real o racional de mercado, con perspectivas de viabilidad económica a corto, medio o largo plazo. La compra y pago no delimita una actividad económica autónoma que, a su vez, delimite una empresa.
23. Por consiguiente, la posición de demandante de los veintiséis ministerios y organismos denunciados no se puede disociar de la oferta posterior. Las operaciones de compra y pago de suministros médicos incluidas en la actividad de gestión de la sanidad pública, sin perjuicio de cómo son ejercidas efectivamente y qué efectos producen, son económicamente consubstanciales a la oferta ulterior de bienes o servicios, que no existiría sin compras anteriores. No se puede concluir que los veintiséis ministerios y organismos denunciados sean empresas al ejercer dichas operaciones o, lo que es lo mismo, dicha parte de su actividad de gestión de la sanidad pública.
24. La Comisión concluye que una condición de aplicación del artículo 82, que se trate de una o varias empresas, no se reúne en el presente caso. Huelga pues examinar si las otras condiciones de aplicación del artículo 82 se reúnen. Puesto que la Comisión concluye que el artículo 82 no se aplica, no procede examinar si el artículo 86, párrafo 2 se aplica.

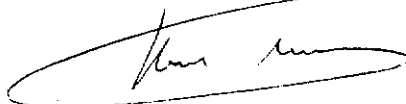
#### IV. CONCLUSIÓN

25. Por los motivos anteriormente expuestos, la Comisión concluye que, sobre la base de los elementos de que dispone, no procede dar curso favorable a la parte de su solicitud basada en el artículo 3 del Reglamento 17 del Consejo. Por consiguiente, la Comisión rechaza su solicitud.

Hecho en Bruselas

Por la Comisión

Karel Van Miert  
Miembro de la Comisión



---

La Comisión se reserva el derecho de publicar el contenido de la presente decisión por su interés general en el desarrollo de la política de la competencia. Por consiguiente, se ruega que, en el plazo de 7 días posteriores a la notificación de la presente, precisen si consideran que el texto contiene secretos de negocios o información confidencial que haya de ser omitida en el texto publicado, exponiendo los motivos que deban ser examinados. Su respuesta ha de ser enviada por correo a la dirección siguiente:

Comisión Europea,  
Dirección General de la Competencia (DG IV) Dirección F  
Rue de la Loi 200/Wetstraat 200,  
B-1049 Bruselas - Bélgica