

RESOLUCIÓN

Expte. S/0415/12, ABH-ISMA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar
D. Josep Maria Guinart Solà
D^a. Clotilde de la Higuera González
D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 27 de septiembre de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), con la composición expresada, en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 (recurso de casación núm. 3082/2015), ha dictado la siguiente resolución en el expediente S/0415/12, ABH-ISMA, incoado por la extinta Dirección de Investigación contra Anglo Balear de Servicios e Higiene, S.L. (**ABH**), Isma 2000, S.L. (**ISMA**) y Consenur, S.A. (**CONSENU**) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**).

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	4
II. LAS PARTES	9
1. Denunciante	9
2. Denunciados	9
III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO.....	11
1. Marco normativo.....	11
2. Caracterización del mercado	12
a) Mercado de Producto	12
b) Mercado Geográfico	14
IV. HECHOS ACREDITADOS	14
1. Introducción.....	14
2. Contactos entre ABH, ISMA y CONSENUR para la gestión de residuos sanitarios en Baleares.....	14
2.1. <i>Adjudicaciones de contratos públicos relacionados con la contratación de la gestión de residuos en centros sanitarios públicos en Baleares</i>	<i>22</i>
2.2. <i>Contratación de la gestión de residuos en centros sanitarios privados</i>	<i>30</i>
2.3. <i>Acciones llevadas a cabo por las empresas incoadas para dificultar la entrada de ADALMO en el mercado</i>	<i>33</i>
V. FUNDAMENTOS DE DERECHO	38
PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER.....	38
SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE ...	38
TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR, RESOLUCIÓN DE 2014 Y POSTERIORES DECISIONES EN VÍA DE REVISIÓN JUDICIAL.....	40
CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA.....	43
4.1. Delimitación de las prácticas restrictivas objeto del expediente. Antijuridicidad	43
4.2. Carácter único y continuado. Duración e individualización de las conductas.....	52
4.3. Efectos	58
4.4. Responsabilidad y sucesión empresarial.....	59

QUINTO. OTRAS ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y CUESTIONES PLANTEADAS EN FASE DE RESOLUCIÓN	63
5.1. Sobre las presuntas extralimitaciones de las inspecciones llevadas a cabo en las sedes de ISMA y de ABH.....	63
5.2. Sobre la solicitud de confidencialidad.....	66
SEXTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.....	66
6.1. Consideraciones previas	66
6.2 Criterios para la determinación de la sanción: valoración general de la conducta.....	67
6.3 Criterios para la valoración individual de la conducta.....	69
6.4 Tipo sancionador y adecuación de la sanción	70
RESUELVE71	

I. ANTECEDENTES

1. El 27 de marzo de 2012 tuvo entrada en la extinta Dirección de Investigación (**DI**)¹, escrito de denuncia del representante de la empresa Adalmo, S.L. (**ADALMO**) contra las empresas ABH e ISMA, por supuestas conductas prohibidas por la LDC, consistentes en acuerdos restrictivos de la competencia entre estas empresas, orientados a repartirse el mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos sanitarios producidos en centros sanitarios de la Comunidad Autónoma de Baleares (folios 1 a 653).
2. Tras la recepción de la denuncia, la DI inició una información reservada bajo la referencia S/0415/12, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC. En el marco de esta información reservada la DI requirió información a ADALMO, el 13 de abril de 2012 (folios 664 a 666).
ADALMO contestó al requerimiento mediante escritos de 7 de mayo de 2012 (folios 669 a 1370), de 10 de mayo de 2012 (folios 1371 a 1376) y de 28 de mayo de 2012 (folios 1377 a 1447).
3. Como consecuencia del análisis de la información remitida, la DI consideró que CONSENUR, S.A. (**CONSENUR**) también podría haber participado en el reparto denunciado, y procedió a la **realización de inspecciones en las sedes de ABH, ISMA y CONSENUR, los días 6 y 7 de junio de 2012** (folios 1448 a 1528).
4. El 7 de junio de 2012 tuvo entrada en el registro de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (**CNC**)² un nuevo escrito de ADALMO con información complementaria a la previamente aportada por esta empresa (folios 1529 a 1730).
5. La DI comunicó a las empresas inspeccionadas que había decidido no incorporar al expediente de referencia parte de los documentos que había recabado en estas empresas en las inspecciones llevadas a cabo los días 6 y 7 de junio de 2012, por considerar que no eran necesarios para la tramitación del mismo. Esta comunicación se produjo mediante escritos de 15 de junio de 2012 y 17 de julio de 2012 en el caso de ABH (folios 1731 y 1738 a 1740 respectivamente), de 25 de junio de 2012 en el caso de ISMA

¹ Actual Dirección de Competencia de la CNMC, de acuerdo con la Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “[l]as referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.”

² Actual CNMC, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

(folios 1733 a 1735), y de 17 de julio de 2012 en el caso de CONSENUR (folios 1743 a 1745).

6. Asimismo, ISMA solicitó la exclusión del expediente de parte de la documentación recabada en las inspecciones de los días 6 y 7 de junio de 2012, mediante escrito presentado el 17 de julio de 2012 (folios 1748 a 1762).
7. El 20 de julio de 2012 la DI **acordó la incoación** de expediente sancionador contra ABH, ISMA y CONSENUR, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC (folios 1780 a 1782).

En el mismo acuerdo la DI incorporó al expediente una serie de folios recabados en formato papel en las inspecciones llevadas a cabo los días 6 y 7 de junio de 2012. Asimismo, en este acuerdo se otorgó a ADALMO la condición de interesado en el expediente de referencia.

8. El 1 de agosto de 2012 tuvo entrada en la CNC **escrito de ISMA, solicitando la confidencialidad** de parte de la documentación recabada en las inspecciones de los días 6 y 7 de junio de 2012 (folios 1807 a 1810). Esta solicitud fue aceptada parcialmente por la DI mediante acuerdo de 2 de agosto de 2012 (folios 1817 a 1818). En esa misma fecha también se acordó la incorporación al expediente de parte de la documentación en formato papel recabada en la inspección de ISMA (folios 1812 a 1813).

El 14 de agosto de 2012, tuvo entrada en la CNC un nuevo escrito de ISMA, solicitando la confidencialidad de otra parte de la documentación recabada en esa empresa en las inspecciones de los días 6 y 7 de junio de 2012 (folios 1845 a 1874). Esta solicitud fue aceptada parcialmente por la DI mediante acuerdo de 20 de septiembre de 2012 (folios 2145 a 2153).

9. El 6 de agosto de 2012 tuvo entrada en la CNC **escrito de CONSENUR, solicitando la confidencialidad** de parte de la documentación recabada en la inspección llevada a cabo en esa empresa el día 6 de junio de 2012 (folios 1821 a 1836). Esta solicitud fue aceptada parcialmente por la DI mediante acuerdo de 8 de agosto de 2012 (folios 1838 a 1842).
10. El 18 de septiembre de 2012, **la DI acordó la incorporación al expediente de documentación en formato papel recabada por la CNC en las inspecciones** realizadas en los días 6 y 7 de junio de 2012, en las sedes de CONSENUR (folios 1874 a 1888), ISMA (folios 1888.1 a 1905) y ABH (folios 1906 a 2143).

Asimismo, el 4 de octubre de 2012, la DI acordó la incorporación al expediente de más documentación en formato papel de la empresa ISMA, recabada por la entonces CNC en la inspección realizada en su sede los días 6 y 7 de junio de 2012 (folios 2155.1 a 2193).

11. El 8 de octubre de 2012, **la DI realizó un requerimiento de información a las empresas CONSENUR, ABH e ISMA** (folios 2197 a 2205). Las contestaciones a los requerimientos tuvieron entrada en la CNC el 11 de octubre de 2012 en el caso de ABH (folios 2465 a 2473), el 16 de octubre de 2012 la de ISMA (folios 2487 a 2497), y el 19 de octubre de 2012 la de CONSENUR (folios 3567 a 3576).

12. El 9 de octubre de 2012, **la DI realizó requerimientos de información a varios centros sanitarios públicos y privados que operan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Baleares** (folios 2213 a 2255). Las respuestas a los requerimiento de información tuvieron entrada en la CNC entre las fechas 10 de octubre de 2012 y 31 de octubre de 2012 (folios 2266 a 2464, 2474 a 2486, 2498 a 3566, 3577 a 5251, 5258 a 5267 y 5304 a 5313).

Asimismo, el 26 de octubre de 2012, la DI requirió determinada información al Hospital Universitario de Son Espases (folios 5253 a 5255). La respuesta al requerimiento tuvo entrada en la CNC el 20 de noviembre de 2012 (folios 5536 a 5751).

13. El 30 de octubre de 2012, **la DI acordó la incorporación al expediente de documentación en formato electrónico** recabada en la inspección llevada a cabo por la CNC los días 6 y 7 de junio de 2012 en las empresas ABH, ISMA y CONSENUR (folios 5271 a 5295) y se dio a estas empresas un plazo de 10 días para que, en su caso, motivasen la confidencialidad de la información incorporada.

Las solicitudes de confidencialidad de las empresas tuvieron entrada en la CNC el 12 de noviembre de 2012 (ABH, folios 5314 a 5380) y el 13 de noviembre de 2012 (ISMA: folios 5381 a 5512; y CONSENUR: folios 5513 a 5535).

La DI notificó el acuerdo sobre las anteriores solicitudes de confidencialidad mediante escritos de fechas 21 de noviembre de 2012 (ABH, folios 5755 a 5758), 23 de noviembre de 2012 (CONSENUR, folios 5832 a 5833) y 30 de noviembre de 2012 (ISMA, folios 5858 a 5861).

La incorporación definitiva al expediente de la documentación referida en formato electrónico, se realizó en las siguientes fechas: la información relativa a ABH el 3 de diciembre de 2012 (folios 5886 a 6384), la relativa a CONSENUR el 5 de diciembre de 2012 (folios 6392 a 6706), y la relativa a ISMA el 17 de diciembre de 2012 (folios 6713 a 7251).

14. El 29 de abril de 2013, la DI remitió a las empresas interesadas el Pliego de Concreción de Hechos (**PCH**), de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, emplazándolas para que formularan alegaciones al mismo en el plazo de 15 días (folios 7392 a 7423).

ISMA solicitó la ampliación del plazo para formular alegaciones al PCH mediante escrito de 30 de abril de 2013 (folios 7551 y 7552), que le fue concedida mediante acuerdo de la DI de 6 de mayo de 2013 (folios 7553 a 7557).

El 10 de mayo de 2013 (folio 7581), CONSENUR solicitó la ampliación del plazo para contestar al PCH, que fue concedida mediante acuerdo de 13 de mayo de 2013 (folios 7583 y 7584).

Las empresas interesadas remitieron sus alegaciones al PCH entre el 20 y el 31 de mayo de 2013: el 20 de mayo tuvieron entrada en la CNC las alegaciones de ADALMO (folios 7594 a 7696), el 29 de mayo lo hicieron las alegaciones de ISMA (folios 7698 a 7967), el 31 de mayo tuvieron entrada las alegaciones al PCH de CONSENUR (folios 7969 a 8022).

15. El 28 de junio de 2013, la DI remitió a las empresas interesadas el acuerdo de **cierre de la fase de instrucción** (folio 8100).
16. La Propuesta de Resolución (**PR**) fue adoptada el 3 de julio de 2013, remitiéndose a las empresas interesadas el mismo día 3 de julio (folios 8117 a 8184), y concediéndoles un plazo para alegaciones de 15 días. Asimismo, en la misma notificación de la PR se requirió a IMSA, ABH y CONSENUR para que aportasen su volumen de negocios en el mercado afectado.

El 4 de julio de 2013 tuvo entrada en el registro de la CNC, el escrito de ISMA solicitando la ampliación del plazo para realizar alegaciones a la PR (folios 8464 a 8468). Dicha solicitud fue denegada mediante acuerdo de la DI de 8 de julio de 2013 (folios 8471 a 8473).

El 12 de julio de 2013 ADALMO presentó su escrito de alegaciones a la PR (folios 8476 a 8487); mientras que ISMA hizo lo propio el 17 de julio de 2013 (folios 8621 a 8712) y ABH y CONSENUR presentaron sus alegaciones a la PR el 22 de julio de 2013 (folios 8558 a 8568 y 8569 a 8620, respectivamente).

17. Con fecha 22 de julio de 2013, la **DI elevó al Consejo el Informe y Propuesta de Resolución** (folios 8488 a 8557), completándolo el 23 de julio con la remisión de las alegaciones de ISMA, ABH y CONSENUR, que tuvieron entrada en el registro de la CNC con posterioridad a la elevación del Informe y Propuesta (folio 8713).
18. El 8 de enero de 2014, el Consejo de la CNMC requirió a ISMA, ABH y CONSENUR su volumen de negocios total en el ejercicio 2013, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos (folios 8714 y 8715), suspendiéndose el plazo para resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.1 a) de la LDC, hasta que las tres empresas aportaran sus datos o hasta que transcurriera el plazo de 10 días concedido al efecto.

19. Las respuestas de las empresas requeridas tuvieron entrada en la CNMC los días 21 de enero de 2014, en el caso de CONSENUR (folio 8723) y de ABH (folios 8724 y 8725) y el 24 de enero de 2014, en el caso de ISMA (folios 8726 a 8734).
20. Con efectos de 25 de enero de 2014, una vez recibida toda la información solicitada, se levantó la suspensión del plazo para resolver (folio 8735).
21. Finalmente, el 4 de febrero de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó **resolución** en la que se acordaba el archivo del expediente sancionador S/0415/12, ABH-ISMA (folios 8743 a 8772).
22. ADALMO interpuso recurso contencioso-administrativo ante la **Audiencia Nacional** contra dicha resolución, dando lugar a la sentencia de 29 de junio de 2015 (núm. de recurso 138/2014), que estimó parcialmente sus pretensiones, ordenando que *“la Sala de Competencia dicte nueva resolución en la que tenga por acreditados los hechos probados por la Comisión de Investigación en la propuesta de resolución impugnada.”*
23. Esta sentencia fue recurrida en casación por ISMA y CONSENUR, originando la sentencia del **Tribunal Supremo** de 19 de febrero de 2018 (recurso de casación núm. 3082/2015), en cuya ejecución se dicta esta resolución, que estimaba parcialmente el recurso de estas empresas, declarando *“anulada la referida resolución, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que retrotraiga el procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo y reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias, y resuelva luego lo procedente de forma motivada.”*
24. Con motivo de la reanudación de la tramitación del procedimiento sancionador, esta Sala tuvo conocimiento de la extinción de dos de las sociedades incoadas (ABH y CONSENUR), tras la absorción de las mismas por parte de SRCL CONSENUR, S.L.

Este hecho se recogió en el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de 5 de junio de 2018 (folios 8857 a 8860), indicándose que a partir de ese momento las acutaciones se entenderían con ISMA 2000, S.L. y con SRCL CONSENUR, S.L.

Mediante este acuerdo también se requirió a estas dos empresas para que aportasen su volumen de negocios total, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos, en el año 2017, suspendiéndose el cómputo del plazo para resolver hasta que las mismas suministraran la información solicitada o hasta que transcurriera el plazo de 10 días concedido al efecto.

El 14 de junio de 2018, SRCL CONSENUR, S.L. solicitó la ampliación del plazo para responder al requerimiento relativo a su volumen de negocios total en 2017 (folio 8906), lo que le fue concedido mediante acuerdo de 18 de junio de 2018 (folios 8910).

Con fecha 19 de junio de 2018, tuvo entrada en la sede electrónica de la CNMC, la contestación aportada por ISMA 2000, S.L., solicitando la confidencialidad de los volúmenes de negocio remitidos (folios 8923 a 8975).

El 25 de junio de 2018, transcurrido el plazo concedido al efecto, tuvo lugar el levantamiento de la suspensión del plazo para resolver (folio 8979).

Con fecha 28 de junio de 2018, tuvo entrada la contestación de SRCL CONSENUR, S.L. al requerimiento de información relativo al volumen de negocios, solicitando la confidencialidad de determinados datos (folios 8998 a 9003).

25. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su sesión de 27 de septiembre de 2018.

26. Son interesadas en este expediente:

- Adalmo, S.L. (ADALMO)
- ISMA 2000, S.L. (ISMA)
- SRCL CONSENUR, S.L. (SRCL CONSENUR), como sucesora de Anglobalear de Servicios e Higiene, S.L. (ABH) y de Consenur, S.A. (CONSENUR)

II. LAS PARTES

1. Denunciante

ADALMO está presente en el sector de la gestión integral de residuos sanitarios. En el periodo investigado solo CONSENUR y ADALMO poseían en Baleares una planta de tratamiento final de residuos del grupo III (excluidos los citotóxicos y citostáticos). La planta de ADALMO comenzó sus operaciones en 2011. ADALMO tiene su domicilio social en Bunyola (Mallorca).

2. Denunciados

Anglobalear de Servicios e Higiene, S.L. (ABH)

ABH se dedicaba principalmente a la recogida y transporte de residuos sanitarios en el ámbito geográfico de Baleares, no contando con plantas de tratamiento de residuos sanitarios.

En enero de 2012, ABH pasó a estar controlada por STERICYCLE, INC., al que también pertenecía la empresa CONSENUR. Con anterioridad a esta fecha ABH y CONSENUR no presentaban vínculos societarios.

En el BORME de Madrid de 6 de octubre de 2014³ se recogía el proyecto de fusión por absorción de ABH por SRCL CONSENUR S.L., que finalmente se materializó el 26 de diciembre de 2014⁴. Como consecuencia de esta absorción, el 10 de junio de 2015 se publicó en el BORME de Illes Balears⁵ la extinción de ABH.

Isma 2000, S.L. (ISMA)

ISMA opera en el sector de la recogida y transporte de residuos sanitarios en el ámbito geográfico de Baleares. Esta empresa tiene su sede en Marratxí (Mallorca).

Al igual que en el caso de ABH, ISMA no cuenta con una planta de tratamiento final para ninguno de los residuos incluidos en los grupos en los que se dividen los residuos sanitarios.

En el año 2017 ISMA facturó 22.282.732 euros .

Consenur, S.A. (CONSENUR)

CONSENUR estaba activa a nivel nacional en la gestión integral de residuos sanitarios, y actuaba en todos los escalones de la cadena de valor de la gestión de residuos sanitarios (recogida, transporte, almacenamiento y tratamiento).

En Baleares, CONSENUR se dedicaba principalmente al tratamiento final de residuos del grupo III (excluidos los citotóxicos y citostáticos), con una planta que estaba activa desde 1998, si bien como se detallará posteriormente, CONSENUR también tenía algún contrato para la gestión integral de residuos sanitarios en algún centro sanitario de Baleares. Esta planta de CONSENUR en Baleares era utilizada por ABH e ISMA durante el periodo analizado en el presente expediente para el tratamiento final de los residuos del grupo III (excluidos los citotóxicos y citostáticos) recogidos en dicha Comunidad Autónoma.

En septiembre de 2011 CONSENUR pasó a pertenecer a STERICYCLE, INC. y, finalmente, CONSENUR se extinguió tras la absorción de la misma por parte de SRCL CONSENUR, S.L., lo que se publicó en el BORME de Madrid de 25 de mayo de 2015⁶.

En el año 2017 SRCL CONSENUR facturó 35.455.731 euros.

³ BORME B-2014-190-28.

⁴ BORME C-2015-88.

⁵ BORME A-2015-107-07.

⁶ BORME A-2015-96-28.

III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO

Las conductas objeto de la presente resolución se desarrollan en el sector de la gestión de residuos sanitarios, en particular en el mercado del servicio de gestión de residuos sanitarios en las Illes Balears.

1. Marco normativo

Para operar en el sector de gestión de residuos sanitarios es preciso contar con una autorización administrativa de gestor en cada Comunidad Autónoma en la que se desee operar. Las conductas analizadas en el procedimiento S/0415/12, ABH-ISMA se desarrollaron en la Comunidad Autónoma de Baleares, por lo que la autorización necesaria para prestar estos servicios debía ser otorgada por la consejería correspondiente de dicha Comunidad Autónoma.

La gestión de este tipo de residuos viene regulada por la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, por el el Reglamento para la ejecución de la Ley 20/1986, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos, aprobado mediante Real Decreto 833/1988, de 20 de julio, y, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Baleares, por el Decreto 136/1996, de 5 de julio, de ordenación de la gestión de los residuos sanitarios en esta Comunidad Autónoma.

El Capítulo II del Decreto 136/1996 anteriormente citado clasifica los residuos sanitarios en tres grupos:

- **Grupo I:** Residuos sanitarios asimilables a urbanos que se generan en instalaciones sanitarias, como papel, cartón, etc., así como aquellos residuos procedentes de pacientes no infecciosos, no incluidos en el grupo III por carecer de peligrosidad específica y de efecto contaminante.
- **Grupo II:** Residuos sanitarios no específicos no incluidos en el grupo anterior, que están sujetos a procedimientos adicionales de gestión únicamente en el ámbito del propio centro sanitario, tales como material de cura, yesos, ropas y materiales de uso único.
- **Grupo III:** Residuos sanitarios específicos respecto a los que se deben observar medidas de prevención en la manipulación, recogida, almacenamiento, transporte, tratamiento y eliminación, tanto dentro como fuera del centro sanitario generador, puesto que pueden representar un riesgo para las personas que laboralmente están en contacto con ellos. Los residuos incluidos en este grupo se clasifican a su vez en:
 - Residuos sanitarios infecciosos, procedentes de humanos o animales capaces de transmitir alguna de las enfermedades infecciosas que figuran en el Anexo I del Decreto.
 - Residuos anatómicos, con exclusión de aquellos regulados en el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.
 - Material punzante, cortante y agujas.

- Sangre y hemoderivados en forma líquida.
- Vacunas.
- Cultivos y reservas.
- Restos de medicamentos, incluidos citostáticos

Esta clasificación posee una característica peculiar respecto a la utilizada en la mayoría de comunidades autónomas, ya que en ellas suele añadirse un grupo IV que engloba los residuos citotóxicos y citostáticos, mientras que en la Comunidad Autónoma de Baleares están integrados en el grupo III.

Además, en la cadena de gestión integral de los residuos sanitarios hay que diferenciar varios procesos específicos: la recogida y transporte de los residuos, su almacenaje y su tratamiento final.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Baleares, las autorizaciones para poder ejercer la actividad de gestor de residuos sanitarios son concedidas por la Consellería de Agricultura, Medio Ambiente y Territorio del Govern Balear, a través de una resolución en la que se detallan los tipos de residuos que cada empresa está autorizada a gestionar; así como el proceso o procesos que puede realizar la empresa autorizada. La clasificación de los tipos de residuos se establece a través de una serie de códigos LER (Listado Europeo de Residuos), entre los que se encuentran los residuos sanitarios.

En la página web del Govern Balear, https://www.caib.es/sites/salutambiental/es/recogida_y Eliminacion-26391/ consta publicado un listado de gestores de residuos sanitarios.

2. Caracterización del mercado

a) Mercado de Producto

El sector de la gestión de residuos sanitarios ya había sido analizado en otras ocasiones por la extinta CNC⁷. Así, en el expediente S/0014/07 se estableció como mercado relevante el servicio de gestión de residuos sanitarios, consistente en:

- El suministro a los establecimientos sanitarios de contenedores adecuados para depositar los residuos de su actividad y la recogida de estos contenedores.
- El tratamiento específico y descontaminación de los residuos.
- La eliminación o disposición final de los residuos.

Pues bien, las prácticas investigadas en el procedimiento de referencia han tenido lugar en este mercado de la gestión de los residuos sanitarios definido en

⁷ Expediente de conductas S/0014/07 GESTIÓN RESIDUOS SANITARIOS y expediente de concentraciones C/0185/09 CONSENUR/ECOTEC.

el citado expediente S/0014/07 y, en particular, guardan relación con el transporte, almacenamiento y tratamiento de los residuos que, de acuerdo con la clasificación contenida en el Decreto 136/1996, de 5 de julio, de ordenación de la gestión de los residuos sanitarios en Baleares, corresponden con los grupos I, II y III.

En este sentido, tal y como se recoge en el procedimiento de referencia, en el momento en el que tuvieron lugar los hechos investigados las cuatro empresas interesadas en el expediente acaparaban casi la totalidad del sector de gestión de residuos sanitarios en Baleares, y tenían autorización administrativa para las siguientes tareas⁸:

GRUPO	TRANSPORTAR	ALMACENAR	TRATAR COMO GESTOR FINAL
GRUPO I	ADALMO	ADALMO	
GRUPO II	ABH, ADALMO, CONSEUR	ISMA, ABH, ADALMO, CONSEUR	
GRUPO III (ordinario)	ABH, ADALMO, CONSEUR	ISMA, ABH, ADALMO, CONSEUR	ADALMO, CONSEUR
GRUPO III* (citotóxico y citostático)	ABH, ADALMO, CONSEUR	ISMA, ABH, ADALMO, CONSEUR	

*equivalente a grupo IV en otras comunidades autónomas

El contenido de esta tabla muestra que ninguna de estas empresas tenía, en el momento de los hechos, autorización para tratar como gestor final los residuos del grupo III citotóxicos y citostáticos, residuos que requieren un tratamiento especial y para el que ninguna empresa posee autorización en Baleares, teniendo que enviar este tipo de residuos fuera de la Comunidad Autónoma.

Por otro lado, las únicas empresas que estaban autorizadas para el tratamiento final de residuos ordinarios del grupo III eran ADALMO y CONSEUR, si bien ADALMO sólo estaba presente en esta fase del proceso desde el año 2011.

En cuanto al tratamiento final de los residuos de los grupos I y II, éste se realizaba en la planta de TIRME en Mallorca, de acuerdo con el Plan Director Sectorial para la gestión de residuos en Baleares, <http://www.tirme.com>. En todo caso, cabe señalar que los residuos del grupo I pueden ser depositados en contenedores similares a los que se encuentran en las calles de cualquier municipio, por lo que no necesitan ningún tipo de autorización especial, pudiendo ser retirados por los servicios municipales de recogida de residuos urbanos.

⁸ Así se puede comprobar en el listado aportado por ADALMO como contestación a una solicitud de información realizada por la extinta DI (folios 1087 a 1192), y de las informaciones recabadas de las 4 empresas interesadas en este expediente: ABH (folios 2465 a 2473), ADALMO (folios 1381 a 1396), ISMA (folios 2487 a 2497) y CONSEUR (folios 3567 a 3576).

A la vista de todo lo anterior, se puede concluir que el mercado de producto afectado por las conductas aquí investigadas es el de gestión de residuos sanitarios, aunque no es necesario realizar una delimitación exacta del mismo, dado que no afectará a las conclusiones del análisis.

b) Mercado Geográfico

En los precedentes nacionales señalados anteriormente, se definió como ámbito geográfico relevante de la gestión de residuos sanitarios el nacional, ya que las empresas presentes en este sector suelen ejercer su actividad en todo el territorio nacional.

Sin embargo, en este caso el hecho de que ninguna empresa implicada salvo CONSENUR esté presente fuera del ámbito de Baleares podría plantear la posibilidad de considerar como mercado geográfico relevante el de esta Comunidad Autónoma, sobre todo en el caso de los grupos I, II y III ordinario, cuya gestión se realiza íntegramente en dicho territorio. Todo ello reforzado con las barreras a la entrada para nuevos oferentes que supone la necesidad de obtener una autorización administrativa en la comunidad autónoma en la que se desee ejercer esta actividad.

En cualquier caso, tampoco es necesario realizar una delimitación exacta del mercado geográfico, dado que no afectará a las conclusiones del análisis.

IV. HECHOS ACREDITADOS

1. Introducción

- (1) Durante la tramitación del expediente de referencia la DI acreditó la existencia de reuniones y contactos entre las empresas incoadas, así como un comportamiento coordinado entre ellas a la hora de presentarse a las licitaciones públicas relacionadas con la gestión de residuos hospitalarios en Baleares y un reparto de los clientes privados (párrafos (48) a (159) del PCH).
- (2) Estos hechos se relatan a continuación, considerándose hechos acreditados también a juicio de esta Sala de Competencia.

2. Contactos entre ABH, ISMA y CONSENUR para la gestión de residuos sanitarios en Baleares

- (3) En las inspecciones realizadas por la DI en las sedes de ABH, ISMA y CONSENUR se han recabado anotaciones, contratos y correos electrónicos que acreditan contactos entre estas tres entidades a lo largo del periodo investigado.

Contactos entre ABH e ISMA

- *Anotaciones*
- (4) En anotaciones recabadas por la DI en la inspección realizada en la sede de la empresa ABH (folios 2001 a 2004), se puede constatar la existencia de al menos dos reuniones mantenidas entre ABH e ISMA el 9 de enero de 2007 y el 13 de julio de 2005.
- (5) En estas anotaciones se recoge el listado de clientes correspondientes a ABH e ISMA respectivamente, así como la previsión de asignaciones futuras. En concreto, en las anotaciones de la reunión de 13 de julio de 2005 (folio 2004) se recoge el reparto de clientes públicos y privados entre ABH e ISMA y se señala cómo se asignarán los futuros clientes: Gesma y el Hospital de Inca a ISMA y la clínica Rotger a ABH.
- (6) En el caso de las anotaciones de la reunión de 9 de enero de 2007 (a la que habría acudido el apoderado de ISMA [...]) se hace referencia a:
 - a. Un primer acuerdo entre ABH e ISMA en abril de 2003 (folio 2001), relacionado con la Clínica Planas, que se asignó a ISMA conforme a lo establecido en el folio 2004.
 - b. Asimismo, se recoge que en la reunión de 13 de julio de 2005 se llegó a un acuerdo respecto a la asignación de Inca y Rotger.
 - c. También se señala que en 2007 había problemas en relación con la prestación de servicios al Hospital de Inca, por lo que se modifica el reparto, asignando Inca a ABH y Rotger a ISMA (folio 2001).
 - d. Además, se señala que en el futuro todo el grupo II de Mallorca es para ABH (folios 2001 y 2003), que los residuos químicos de Rotger se asignan a ABH (folio 2001) y que los residuos peligrosos de los clientes de ISMA serán gestionados por ABH y no por Baltecma (folios 2001, 2002 y 2003).

- ① 1995 se pidió aceptación de n/ residuos a
fol. list pedido a no
- ② 2003, acuerdo (abril '03) → PLANAS
- ③ 13.07.05 acuerdo Rotger-Inca

④ 2003 → { 22% Tmno
78% ABH

⑤ 2006 → { 49% Tmno
51% ABH

⑥ 2007 { Tuca Tmno
; FIASCO! { Rofor ABH } 47% Tmno
53% ABH

⑦ 2007 { Rofor Tmno
{ Tuca ABH } 10,3% Tmno
49,6% ABH

Problemas { * Inmigración 2007
* quedamos, ADL en la lotería
OUT!!! } → paquetes de la moneda
de ABH

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
COTEJADO CONFORME AL ORIGINAL

- Correos electrónicos

(7) La DI ha constatado numerosos contactos a través de correo electrónico entre ABH e ISMA, encaminados al intercambio de (i) ofertas económicas y recomendaciones sobre precios y (ii) de servicios a clientes y medios materiales.

(i) *Intercambios de ofertas económicas y recomendaciones de precios*

(8) Por lo que se refiere al intercambio de ofertas económicas, la DI ha acreditado tanto el intercambio de los precios a los que estas empresas prestarían determinados servicios, como recomendaciones respecto de la oferta económica que debían presentar a determinadas licitaciones públicas.

Contactos relativos a los precios que cada empresa ofertaría por los distintos servicios	Recomendaciones respecto de ofertas económicas a presentar a licitaciones públicas
Correo electrónico de 30 de noviembre de 2005: [...] (ABH) envía un correo a [...] (ISMA) en el que le pasa una tabla con precios para Son Llatzer ⁹ . [...] (ABH) comienza el correo diciendo: "Adjunto tabla con los precios para Son Llatzer. Verás que los del gpo III y gpo II están igual. Ya hablaremos".	

⁹ Folios 7235 a 7239, versión censurada para ISMA. Folios 7056 a 7060, versión censurada para ADALMO. Folios 6876 a 6880, versión censurada para ABH y CONSENUR.

	Correo de 16 de marzo de 2006, en el que [...] (ABH) le dice a [...] (ISMA): "Hola [...] [ISMA]: Adjunto al presente los precios que deberías presentar en son Ilatzer" ¹⁰ .
Correo de 12 de enero de 2007, en el que [...] (ABH) le manda una oferta a [...] (ISMA), en la que se especifican precios por contenedor, transporte, tratamiento, etc. ¹¹	
	Correo de 16 de febrero de 2007, en el que [...] (ABH) le dice a [...] (ISMA): "Hola [...] [ISMA], Adjunto los precios que puedes pasarle al Hospital Verge del Toro de Menorca" (...). Añadiendo "Adjunto el precio que le he pasado a la clínica Picasso" (...) " ¹² .
	Correo de 30 de marzo de 2007, en el que [...] (ABH) comienza un correo dirigido a [...] (ISMA) diciendo: "Hola [...] [ISMA], Te comento los precios que le puedes pasar a los Centros de S'Institut" ¹³ .
Correo de 17 de diciembre de 2007, en el que [...] (ISMA) le dice a [...] (ABH): "Según conversación telefónica, a continuación te remito propuesta económica.(...)" ¹⁴ .	
Correo de 18 de diciembre de 2007, en el que [...] (ISMA) le dice a [...] (ABH) que: "Para reactivos de laboratorio puedes pasarles [CONFIDENCIAL] . Si ese precio te parece barato increméntalo en la proporción que creas conveniente" ¹⁵ .	
Correo de 20 de febrero de 2008, en el que [...] (ABH) le pregunta a [...] (ISMA): "¿Que precio te facturo por tonelada?", a lo que [...] (ISMA) responde "El precio podeis continuar facturándolo a [CONFIDENCIAL] ." ¹⁶	
Correo de 22 de mayo de 2009, en el que [...] (ABH) le dice a [...] (ISMA): "Hola Fernando [ISMA], adjunto precio para contenedores de Higiene Femenina. El precio para Isma es de [CONFIDENCIAL] el precio que le estamos cobrando al cliente es de [CONFIDENCIAL] " ¹⁷ .	

¹⁰ Folio 7243, versión censurada para ISMA. Folio 7064, versión censurada para ADALMO. Folio 6884, versión censurada para ABH y CONSENUR.

¹¹ Folio 7187, versión censurada para ISMA. Folio 7007, versión censurada para ADALMO. Folio 6828, versión censurada para ABH y CONSENUR.

¹² Folio 7234, versión censurada para ISMA. Folio 7055, versión censurada para ADALMO. Folio 6875, versión censurada para ABH y CONSENUR.

¹³ Folio 7186, versión censurada para ISMA. Folio 7006, versión censurada para ADALMO. Folio 6827, versión censurada para ABH y CONSENUR.

¹⁴ Folio 7181, versión censurada para ISMA. Folio 7001, versión censurada para ADALMO. Folio 6822, versión censurada para ABH y CONSENUR.

¹⁵ Folio 7242, versión censurada para ISMA. Folio 7063, versión censurada para ADALMO. Folio 6883, versión censurada para ABH y CONSENUR.

¹⁶ Folio 7229, versión censurada para ISMA. Folio 7049, versión censurada para ADALMO. Folio 6870, versión censurada para ABH y CONSENUR.

¹⁷ Folio 7180, versión censurada para ISMA. Folio 7000, versión censurada para ADALMO. Folio 6821, versión censurada para ABH y CONSENUR.

Correo de 9 de diciembre de 2009, en el que [...] (ABH) le dice a [...] (ISMA): <i>"Hola [...] [ISMA], en los precios que me has pasado, falta el arrastre del compactador desde la planta de consenur a tirme. Acuérdate que el precio que nos cobran ahora es de [CONFIDENCIAL]"</i> ¹⁸ .	
Correo de 29 de noviembre de 2011, enviado por [...] (ABH) a [...] (ISMA), en el que entre otras cosas le dice: <i>"Por otro lado, te ruego me indiques desde que fecha vamos a comenzar a gestionar los residuos peligrosos producidos por tus clientes, conforme la oferta que te presentamos"</i> ¹⁹ .	

(ii) Intercambios relativos a servicios a clientes y medios materiales

- (9) Por otra parte, ABH e ISMA intercambiaban la prestación de servicios a sus respectivos clientes, así como medios materiales propiedad de la otra empresa. En concreto:

Contactos relativos a la prestación de servicios a clientes de la otra empresa	Intercambio de medios materiales
	Consta en el expediente (folio 1938), autorización de 2 de octubre de 2006, mediante la cual ABH permitía a ISMA el uso de un vehículo propiedad de ABH para prestar el servicio de recogida de residuos sanitarios Grupo II a sus clientes de Mallorca.
Correo de 21 de diciembre de 2006, mediante el cual [...] (ABH) le dice a [...] (ISMA): <i>"Dime que centros de los tuyos te interesa que pasemos el día 24 de diciembre y el día 1 de enero"</i> , a lo que [...] (ISMA) contesta mencionando Clínica Juaneda, Clínica Palma Planas, Hospital General, Hospital Joan March y Hospital San Juan de Dios ²⁰ .	
Correo de 13 de agosto de 2008, en el que [...] (ISMA) le dice a [...] (ABH): <i>"Necesito que coordinéis el servicio de recogida de G-II del Hospital Psiquiátrico, empezando la recogida el próximo jueves 21/08 (...). Cuando vayan a recoger el jueves, en la puerta que pregunten por seguridad y digan que vienen de Isma 2000 a recoger el G-II (...)"</i> ²¹ .	
Correo de 30 de noviembre de 2009, en el que [...] (ABH) le dice a [...] (ISMA): <i>"Hola [...] [ISMA], sirva el presente para comunicarte que con la finalidad de que no se acumulen residuos del Gpo II en los centros hospitalarios, el próximo lunes día 7</i>	

¹⁸ Folio 7240, versión censurada para ISMA. Folio 7061, versión censurada para ADALMO. Folio 6881, versión censurada para ABH y CONSENUR.

¹⁹ Folios 7205 a 7206, versión censurada para ISMA. Folios 7025 a 7026, versión censurada para ADALMO. Folios 6846 a 6847, versión censurada para ABH y CONSENUR.

²⁰ Folio 7182, versión censurada para ISMA. Folio 7002, versión censurada para ADALMO. Folio 6823, versión censurada para ABH y CONSENUR.

²¹ Folio 7228, versión censurada para ISMA. Folio 7048, versión censurada para ADALMO. Folio 6869, versión censurada para ABH y CONSENUR.

<i>realizaremos el servicio a tus clientes de manera normal, exceptuando el hospital de Muro que se realizará el miércoles día 9²².</i>	
<i>Correo de 29 de marzo de 2010, en el que [...] (ABH) le dice a [...] (ISMA): "Hola, Con motivo de la festividad de Semana Santa, las recogidas de grupo II se realizarán el Jueves día 1, sábado día 3 y lunes día 5. Así mismo comunicarte que estaré de vacaciones desde el día 6 al 9, puedes ponerte en contacto con la oficina (...)", a lo que [...] (ISMA) contesta diciendo: "Buenos días [...] [ABH], Gracias por la comunicación. Te deseo unas felices vacaciones"²³.</i>	
<i>Correo de 30 de marzo de 2010, en el que [...] (ABH) le dice a [...] (ISMA): "Hola [...], me comentan del hospital de Inca que tienen el compactador casi lleno, como el jueves, que es el día habitual que van a cambiarlo, es fiesta, ruego lo anticipes a mañana"²⁴.</i>	
<i>Correo de 15 de abril de 2011, en el que [...] (ABH) le dice a [...] (ISMA): "Hola [...] [ISMA], con motivo de la festividad de Semana Santa, los servicios de retirada de residuos del Gpo II quedarán de la siguiente manera: (...). Esperando sea de tu conformidad, recibe un cordial saludo"²⁵.</i>	
<i>Correo de 3 de agosto de 2011, en el que [...] (ABH) le dice a [...] (ISMA): "Hola [...] [ISMA], el próximo festivo, lunes día 15, nosotros realizaremos el servicio de manera normal, ¿quieres que hagamos el servicio de vuestros clientes?"²⁶.</i>	

Contactos entre ABH y CONSENU

- (10) A estos contactos acreditados entre ABH e ISMA hay que añadir los que tuvieron lugar entre ABH y CONSENU con anterioridad a la adquisición de ABH por parte de CONSENU, que tuvo lugar en enero de 2012.
- (11) La DI acreditó la suscripción de diversos contratos entre CONSENU y ABH, mediante los cuales ABH se compromete a la recogida y transporte de residuos para diferentes clientes de CONSENU.

²² Folio 6379, versión censurada para ISMA. Folio 6213, versión censurada para ADALMO. Folio 6047, versión censurada para ABH y CONSENU.

²³ Folio 7224, versión censurada para ISMA. Folio 7044, versión censurada para ADALMO. Folio 6865, versión censurada para ABH y CONSENU.

²⁴ Folio 7223, versión censurada para ISMA, Folio 7043, versión censurada para ADALMO. Folio 6864, versión censurada para ABH y CONSENU.

²⁵ Folio 7177, versión censurada para ISMA. Folio 6997, versión censurada para ADALMO. Folio 6818, versión censurada para ABH y CONSENU.

²⁶ Folio 6383, versión censurada para ISMA. Folio 6217, versión censurada para ADALMO. Folio 6051, versión censurada para ABH y CONSENU.

- (12) En particular, se han acreditado diversos contratos entre ABH y CONSENUR, que se relatan a continuación, a través de los cuales estas entidades organizaban sus relaciones comerciales:
- Contrato de 1 de febrero de 2002 mediante el cual ABH se compromete a llevar los residuos del grupo III a la planta de CONSENUR en Baleares. Este contrato tiene una vigencia de 1 año, con prórrogas tácitas anuales, sin que conste en el expediente que el mismo hubiera sido resuelto²⁷.
 - Contrato de 1 de septiembre de 2006 por el que ABH se compromete a retirar y transportar los residuos sólidos no peligrosos de CONSENUR a las instalaciones de TIRME. Este contrato tiene una vigencia de 2 años, con prórrogas tácitas anuales, sin que conste en el expediente que el mismo hubiera sido resuelto²⁸.
 - Comunicación de CONSENUR en su oferta de 2007 a la licitación de la gestión de residuos del Hospital Son Dureta, en la que anunciaba la subcontratación de la recogida y transporte de los residuos derivados del contrato con la empresa ABH (folio 5596).
 - Contrato de 10 de octubre de 2010 mediante el cual ABH se compromete a retirar y transportar residuos producidos en el Hospital de Son Espases. Este contrato tiene una vigencia de 2 años, con prórrogas tácitas por periodos iguales, sin que conste en el expediente que el mismo hubiera sido resuelto²⁹.
- (13) Además, se han acreditado en el expediente contactos entre ABH y CONSENUR orientados a articular su relación comercial.
- (14) Así, en relación al Hospital Son Dureta, el 21 de abril de 2010, ABH ([...]) envió un correo a CONSENUR ([...]) reflejando los precios que ABH estaba facturando a CONSENUR por la gestión de Son Dureta, así como una estimación de kilos que producirá el nuevo hospital de Son Espases, construido en sustitución del primero (folios 1988 a 1991). En particular, se afirma en este correo que: “*os adjunto dos plantillas, la primera es la estimación de kilos que producirá el hospital, aplicando los números de son dureta a las 1000 camas previstas la segunda es la oferta presentada por nosotros a libreba*”. Así como “*los precios que os facturamos ahora en son dureta son: (...)*”.

²⁷ Folios 6504 a 6506, versión censurada para CONSENUR y ABH. Folios 6661 a 6663, versión censurada para ISMA y ADALMO.

²⁸ Folios 6491 a 6503, versión censurada para CONSENUR y ABH. Folios 6648 a 6660, versión censurada para ISMA y ADALMO.

²⁹ Folios 6487 a 6490, versión censurada para CONSENUR y ABH. Folios 6644 a 6647, versión censurada para ISMA y ADALMO.

- (15) Sobre la gestión de los residuos del Hospital de Son Espases, el 13 de enero de 2011, [...] (ABH) envió a [...] (CONSENUM), un correo electrónico con los precios que ABH cobraría a CONSENUM por la gestión intracentro de los residuos peligrosos (folio 1875): *“buenos días [...] [CONSENUM], tal y como hemos comentado por telefono nuestra oferta para la gestion intracentro de los peligrosos en son espases seria: 8.500 € + IVA anuales por la situacion actual (calculamos recorrer los puntos de produccion 3 veces por semana, 4 horas de trabajo al dia), y recoger liquidos y solidos, incluyendo cajas, garrafas , etiquetas, etc..., desplazamiento, parking, y de mas . 3.500 € + IVA anuales cuando tengan encauzados los liquidos (directamente hasta el almacen) 2 veces por semana , 2 horas / dia los calculos estan hechos en base a nuestra experiencia en son dureta (asi lo veniamos haciendo desde hace años) y a el recorrido del viernes pasado con [...] (...)”*.
- (16) Por otro lado, el 9 de febrero de 2011 (folios 1886 a 1887), [...] (ABH) envía un correo a [...] (CONSENUM), en el que hace comentarios sobre las tarifas que CONSENUM cobra a ABH, solicitando una rebaja de las mismas, así como planteando la posibilidad de que ABH utilice el uniforme de CONSENUM. Así, se dice que *“no tendríamos inconveniente en que nuestro empleado fuese con uniforme de consenur, o lo que sea menester para que sea vuestra “imagen” en son espases (lo hemos hecho muchos años en son dureta y creo que lo haríamos bien)”*.
- (17) En este mismo correo, [...] (ABH) solicita que el pago sea a 180 días en lugar de a 150, dado que *“de esta manera, repartiríamos el esfuerzo entre ambos, y estaríamos adecuando los precios de mercado ante una posible competencia de terceros (...)”*.

Contactos entre ABH, ISMA y CONSENUM tras la entrada de ADALMO en el mercado

- (18) Asimismo, la DI ha acreditado cómo tras la llegada de ADALMO al mercado balear de los residuos sanitarios se aprecia que ABH, ISMA y CONSENUM intercambiaron correos con el objeto de dificultar la entrada en el mercado del nuevo competidor.
- (19) En este sentido, el 4 de noviembre de 2011 (folio 1970), ABH ([...]) envía a ISMA ([...]) un correo electrónico en que el que ABH recomienda a ISMA la oferta que debería presentar para garantizarse ambas empresas el concurso convocado por la Fundación Banc de Sang³⁰. En este correo,

³⁰ *“Me gustaría transmitirte una conclusión particular sobre el concurso del Banc de Sang: creo que para garantizarte (garantizarnos) el concurso, el importe total de tu oferta no debe superar los 50.000 € (sin Iva); cualquier oferta que supere esa cifra corremos riesgo serio de que Adalmo la mejore”*.

ABH también pone de relieve las buenas condiciones que le ofrece a ISMA en relación con el transporte interislas y la gestión de los residuos peligrosos, para tener ventaja competitiva respecto de ADALMO³¹. Asimismo, en el correo se fija como objetivo el intentar que ADALMO no logre ningún contrato importante para que su cuota de mercado sea mínima, para lo cual es necesario llegar al límite en cada oferta³².

- (20) CONSENUR también participa en los contactos para contrarrestar la entrada de ADALMO. Así, por ejemplo, con fechas 26 y 28 de enero de 2012, ISMA y CONSENUR intercambian correos respecto a la estrategia a seguir por las tres empresas³³.
- (21) Así, en el correo de 26 de enero de 2012 (folio 7129 y 6949 – versión censurada para ADALMO), [...] (ISMA) le dice a [...] (CONSENUR): “os comenté a [...] [ABH] y a ti, que para conservar nuestros clientes y a la vista de las ofertas que estaban recibiendo, tendría que bajar mis precios en torno al **[CONFIDENCIAL]**. Recordarás que [...] [ABH] me dijo que entendiendo la situación se adaptaría a ese descenso de precios y así lo ha hecho. Tú me comentaste que se haría lo que hiciera falta para no perder los clientes y en base a ello negocié”. Añadiendo que también: “Creo que tendríamos que comentar como solucionar este tema, en base a la conversación que mantuvimos cuando estuvisteis en Palma. Por mi parte, si te puede dar tranquilidad, te propongo de la forma que entiendas oportuna, el compromiso de gestionar con vosotros la totalidad de los residuos durante estos 3 años”.
- (22) A estos comentarios, [...] (CONSENUR) responde que “voy a planear un viaje para la próxima semana no, para la siguiente y poder discutir contigo directamente este asunto” (folio 7128).

2.1. Adjudicaciones de contratos públicos relacionados con la contratación de la gestión de residuos en centros sanitarios públicos en Baleares

- (23) Durante la instrucción de este procedimiento la DI analizó los expedientes de contratación de gestión de residuos en centros sanitarios públicos de Baleares en los años anteriores a la instrucción del mismo, a través de las

³¹ “Como has visto, te ofertamos prácticamente gratis el transporte interislas y vamos a coste en los residuos peligrosos. Entiendo que allí puede haber una ventaja competitiva muy importante respecto a Adalmo, pero no nos confiamos”.

³² “Creo que el objetivo para los próximos 2 años es intentar que no logre ningún contrato importante, y el margen de beneficio es secundario. Es muy importante que dentro de uno o dos años haya logrado una cuota mínima de mercado”.

³³ Folios 7128 a 7129, versión censurada para ISMA. Folios 6948 a 6949, versión censurada para ADALMO. Folios 6769 a 6770, versión censurada para ABH y CONSENUR.

respuestas aportadas por los propios centros a requerimientos de información realizados por la DI.

Contratos de gestión de residuos en centros sanitarios públicos de Baleares						
CENTRO	AÑO ADJ U.	EMPR. LICIT.	IMP. LICIT.	IMP. ADJUD.	% BAJA****	EMPR. ADJUD.
Área salud Ibiza/Formentera	2005	ABH	234.000	234.000	0,00%	ABH
Área salud Menorca	2007	ABH	519.487,20	500.633,20	3,63%	ABH
Hospital de Manacor	2007	ABH	571.614	564.316,80	1,28%	ABH
Hospital Comarcal de Inca	2007	ABH	408.762	376.773	7,83%	ABH
FISIB Fundac. CAUBET	2007	ISMA	45.000	44.600	0,89%	ISMA
Hospital de Son Dureta	2007	CONSEUR	1.260.000	1.230.000	2,38%	CONSEUR
Fundac. Banco de Sangre	2008	L1 desierto, L2 ABH	L1 150.000, L2 50.000	**L1 175.000, L2: 25.000	**L1 0,00%, L2 50%	**L1 ISMA, L2 ABH
Área salud Ibiza/Formentera	2009	ABH	344.878	342.887,73	0,58%	ABH
Consell de Ibiza	2009	ABH	63.848,14	63.848,14	0,00%	ABH
GESMA	2010	ISMA	359.315,04	359.315,04	0,00%	ISMA
Gerencia Atenc. Primaria Mallorca	2010	ABH	317.359,21	299.234,06	5,71%	ABH
Consell de Ibiza	2010	ABH	63.733,95	63.733,95	0,00%	ABH
Hospital Comarcal de Inca	2010	ABH, ADALMO, FCC	720.000,00	699.351,76	2,87%	ABH
Fundac. Banco de Sangre	2010	L1 ISMA, L2 ABH y ADALMO	L1 141.750, L2 16.013,7	L1 141.210 L2 7.632,9	L1 0,38%, L2 52,34%	L1 ISMA, L2 ABH
Hospital Son Llatzer	2011	ABH, ADALMO, SAICA, BALTECMA	650.631	559.002,12	14,08%	ABH
FISIB Fundac. Ramón Llull	2011	ISMA	59.000	52.488	11,04%	ISMA
Consell de Ibiza	2011	ABH, ADALMO	58.068,25	58.068,25	0,00%	ABH
Hospital de Manacor	2011	ABH*	473.000	472.803,60	0,04%	ABH
Hospital de Son Espases***	2011	CONSEUR	61.314,85	61.314,85	0,00%	CONSEUR
Fundac. Banco de Sangre	2011	ADALMO, ISMA	81.642,60	63.469,98	22,26%	ADALMO
Hospital de Son Espases	2012	CONSEUR	42.884,42	42.884,42	0,00%	CONSEUR
Área salud Menorca	2012	ABH*	293.184,25	173.174,52	40,93%	ABH

**Contratos de gestión de residuos en centros sanitarios públicos de
Baleares**

CENTRO	AÑO ADJ U.	EMPR. LICIT.	IMP. LICIT.	IMP. ADJUD.	% BAJA****	EMPR. ADJUD.
FISIB Fundac. Ramón Llull	2012	ADALMO, ISMA	47.200	47.200	0,00%	ADALMO
Servicio de Salud IB GAP Mallorca	2012	ABH*	220.011,3 0	97.272,36	55,79%	ABH

* En estos expedientes ADALMO fue excluida de la licitación.

** El lote 1 del concurso de Fundación Banco de Sangre de 2008 quedó desierto y luego se firmó un negociado con ISMA (folios 762 a 765).

*** El Hospital de Son Espases se creó en sustitución del Hospital de Son Dureta, cuyo traslado al Hospital de Son Espases finalizó en diciembre de 2011.

**** Los casos con baja del 0% se refieren a casos en los que los oferentes proponen diversos precios unitarios para cada uno de los servicios prestados, que pueden incluir bajas significativas frente a los precios unitarios de licitaciones anteriores pero no ofrecen rebajas expresas en relación con el presupuesto máximo de licitación.

Fuente: Elaboración de la DI a partir de los folios 2266 a 2464, 2498 a 3566, 3577 a 3813, 3825 a 5233, 5304 a 5313 y 5536 a 5751.

- (24) En esta tabla se aprecia que entre los años 2005 y 2010 las empresas ABH, ISMA y CONSENUR no licitaban a los mismos expedientes de contratación, por lo que las adjudicaciones de las diferentes licitaciones se producían sin competencia. Solo a partir de 2010, con la entrada de ADALMO como competidor en el mercado de gestión de residuos en centros sanitarios públicos de Baleares, se introdujo competencia en este mercado.
- (25) En el período comprendido entre 2005 y 2010, ABH e ISMA fueron las únicas licitadoras y las empresas adjudicatarias en los siguientes expedientes de contratación:

ABH	ISMA
Área de Salud de Ibiza/Formentera, años 2005 y 2009	
Área de Salud de Menorca, año 2007	FISIB Fundación CAUBET, año 2007
Hospital de Manacor, año 2007	
Hospital Comarcal de Inca, año 2007	
Fundación Banco de Sangre (lote 2), año 2008 ³⁴	
Consell de Ibiza, años 2009 y 2010	GESMA, año 2010
Gerencia de Atención Primaria de Mallorca, año 2010	

- (26) Finalmente, en el periodo comprendido entre 2005 y 2010, CONSENUR fue la única empresa que se presentó como licitadora al expediente del Hospital Son Dureta del año 2007, resultando adjudicataria del mismo.

³⁴ En el expediente de contratación de la Fundación Banco de Sangre del año 2008, se licitaban 2 lotes. Al lote 2 solo presentó oferta y fue adjudicataria ABH, mientras que el lote 1 se declaró desierto al no presentarse ninguna oferta. Posteriormente este lote 1 se contrató mediante procedimiento negociado con ISMA.

- (27) Además, en su oferta a la licitación de la gestión de los residuos del Hospital de Son Dureta, CONSENUR anunció que en el caso de ser adjudicataria, subcontrataría la recogida y transporte de los residuos, así como toda la gestión final de residuos peligrosos con la empresa ABH (folio 5596).
- (28) Por otro lado, hasta la entrada de ADALMO en el mercado, CONSENUR era la única empresa que contaba con una planta autorizada de tratamiento de residuos del grupo III ordinario, en Baleares.
- (29) Como ya se ha indicado anteriormente, la entrada de ADALMO en el mercado de la gestión de los residuos sanitarios en Baleares supuso un cambio en la dinámica de las licitaciones de los centros sanitarios públicos, dado que empezaron a presentarse más de una oferta a cada licitación. En particular, los expedientes de contratación que se licitaron desde que ADALMO presentó ofertas en centros sanitarios públicos, y que aparecen en la tabla expuesta anteriormente, fueron los siguientes:

a) Hospital Comarcal de Inca (folios 2498 a 2999):

Publicación del anuncio de licitación	23 de febrero de 2010
Adjudicación	18 de junio de 2010
Tipo de procedimiento	Abierto
Importe de licitación	720.000 eur (IVA incluido)
Lotes	4
Licitadores y ofertas	ABH (todos los lotes): 699.351,76 eur (IVA incluido) ADALMO (lotes 3 y 4): oferta de precios unitarios según residuo FCC MEDIOAMBIENTE (BALTECMA) (lotes 3 y 4): 79.483,11 eur (IVA incluido)
Adjudicataria e importe de adjudicación	ABH: 699.351,76 eur (IVA incluido)

Cabe indicar que, de acuerdo con la respuesta al requerimiento de información aportada por el Hospital Comarcal de Inca, en este expediente no se permitía la subcontratación (folio 2528). Sin embargo, en el correo que ABH ([...]) envía el 24 de agosto de 2010 a ISMA ([...]) (folio 1936) se habla de acuerdos de precios realizados telefónicamente para las cajas, incluida la gestión del residuo y el compactador.

b) Fundación Banco de Sangre y Tejidos de las Illes Balears (folios 2269 a 2332):

Publicación del anuncio de licitación	18 de junio de 2010
Adjudicación	16 de septiembre de 2010
Tipo de procedimiento	Abierto
Importe de licitación	Lote 1: 141.750 euros (IVA incluido) Lote 2: 16.013,70 euros (IVA incluido)
Lotes	2
Licitadores y ofertas	ISMA (lote 1): 141.210 euros (IVA incluido)

	ABH (lote 2): 7.632,90 euros (IVA incluido)
	ADALMO (lote 2): 8.563,05 euros (IVA incluido)
Adjudicataria e importe de adjudicación	ISMA: Lote 1 (141.210 euros, IVA incluido) ABH: Lote 2 (7.632,90 euros, IVA incluido)

c) Hospital Son Llatzer (folios 4049 a 4137):

Publicación del anuncio de licitación	25 de octubre de 2010
Adjudicación	4 de marzo de 2011
Tipo de procedimiento	Abierto
Importe de licitación	650.631 euros (IVA incluido)
Lotes	Inicialmente había 7 lotes, eliminándose posteriormente el lote 4
Licitadores y ofertas	Lote 1: ABH, 3.256,80 euros; ADALMO, 3.050,76 euros; SAICA, 3.240 euros Lote 2: ABH, 542.126,52 euros Lote 3: ABH, 12.873,60 euros; ADALMO, 24.613 euros; BALTECMA, 16.918,20 euros Lote 5: ABH, 32,4 euros; ADALMO, 35,5 euros Lote 6: ABH, 712,8 euros; ADALMO, 1.254 euros; SAICA, 1.354,32 euros; BALTECMA, 997,92 euros Lote 7: ABH, 0 euros; ADALMO, 2.200 euros; SAICA, 2.376 euros; BALTECMA, 540 euros
Adjudicataria e importe de adjudicación	ABH: todos los lotes (559.002,12 euros, IVA incluido)

d) Fundació D'Investigació Sanitària de les Illes Balears Ramón Llull (folios 3867 a 3984):

Envío de invitaciones para participar en el procedimiento negociado	27 de abril de 2011
Adjudicación	24 de mayo de 2011
Tipo de procedimiento	abierto
Importe de licitación	59.000 euros (IVA incluido)
Lotes	--
Licitadores y ofertas	--
Adjudicataria e importe de adjudicación	Desierto

Tras quedar desierta esta licitación se llevó a cabo la apertura de un expediente para la contratación del mismo servicio mediante procedimiento negociado sin publicidad. Fueron invitadas a participar en el procedimiento 3 empresas: ABH, ADALMO e ISMA.

La única empresa que presentó oferta fue ISMA (52.488 euros), resultando adjudicataria de este contrato.

e) Consell de Ibiza (folios 3247 a 3424):

Envío de invitaciones para participar en el procedimiento negociado	11 de agosto de 2011
---	----------------------

Adjudicación	16 de noviembre de 2011
Tipo de procedimiento	Negociado
Importe de licitación	58.068,25 euros (IVA incluido)
Lotes	--
Licitadores invitados y ofertas	ADALMO: presentó oferta basada en precios unitarios para cada uno de los conceptos objeto de licitación ABH: presentó oferta basada en precios unitarios para cada uno de los conceptos objeto de licitación El resto de empresas invitadas no presentaron oferta: ISMA, INTERLUN, S.L., ATHISA MEDIO AMBIENTE, SISTEMAS INTEGRALES SANITARIOS, S.A. y VETERPACK, S.L.U.
Adjudicataria e importe de adjudicación	ABH: analizados los importes de cada uno de los precios unitarios, había una diferencia a favor de ABH de 704 euros, por lo que resultó adjudicataria del contrato

f) Hospital de Manacor (folios 4399 a 4476):

Publicación del anuncio de licitación	31 de mayo de 2011
Adjudicación	11 de noviembre de 2011
Tipo de procedimiento	Abierto
Importe de licitación	473.000 euros (IVA incluido) - Lote 1 (relativo a los residuos sanitarios del grupo III): 307.000 euros - Lote 2 (relativo a los residuos sanitarios del grupo II): 166.000 euros
Lotes	2
Licitadores y ofertas	ABH: lote 1: 306.880 euros (IVA incluido) y lote 2: 165.923,60 euros (IVA incluido) ADALMO: excluida ³⁵
Adjudicataria e importe de adjudicación	ABH: 472.803,60 euros (IVA incluido)

g) Hospital Son Espases (folios 5608 a 5684):

El Hospital de Son Espases es el hospital público de referencia en Baleares, y sucedió al antiguo Hospital de Son Dureta. El traslado del antiguo Hospital de Son Dureta al nuevo de Son Espases se completó en diciembre de 2011.

La gestión de los servicios no hospitalarios tanto del nuevo Hospital de Son Espases, como del antiguo Hospital de Son Dureta, estaba cedida a

³⁵ ABH presentó un escrito de alegaciones solicitando la exclusión de ADALMO, en las que entre otras cosas decía que el gerente y propietario de la empresa ADALMO, [...], fue condenado a inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión y oficio de gestión de cualquier tipo de residuos por el tiempo de 9 meses y 1 día (por sentencia de la Audiencia Provincial de Palma notificada a las partes en julio de 2011) y que por lo tanto, ADALMO estaba incurso en prohibición de contratar con la Administración.

La Mesa de contratación estimó estas alegaciones excluyendo a ADALMO de la licitación.

una concesionaria, participada por el Grupo ACS, al que CONSEUR pertenecía hasta septiembre de 2011.

Envío de invitaciones para participar en el procedimiento negociado	8 de septiembre de 2011
Adjudicación	15 de noviembre de 2011
Tipo de procedimiento	Negociado
Importe de licitación	61.314,85 euros (IVA incluido)
Lotes	--
Licitadores invitados y ofertas	CONSEUR: 61.314,85 euros (IVA incluido) El resto de empresas invitadas no presentaron oferta: ABH y SAICA NATUR BALEARES
Adjudicataria e importe de adjudicación	CONSEUR: 61.314,85 euros (IVA incluido)

Finalmente, a pesar de que en el Pliego de Cláusulas Administrativas se establecía que no se permitía la subcontratación, CONSEUR adjuntó a su oferta una carta en la que indicaba que el transportista de los residuos sería ABH.

Sobre esta subcontratación, ABH había enviado a CONSEUR su oferta para la gestión de los residuos peligrosos en Son Espases, detallando los precios a cobrar, en un correo de 13 de enero de 2011 (folio 1875), al que se ha hecho alusión previamente.

h) Fundación Banco de Sangre y Tejidos de las Illes Balears (folios 2336 a 2403):

Publicación del anuncio de licitación	17 de octubre de 2011
Adjudicación	17 de noviembre de 2011
Tipo de procedimiento	Abierto
Importe de licitación	81.642,60 euros (IVA incluido)
Lotes	--
Licitadores y ofertas	ADALMO: 63.469,98 euros (IVA incluido) ISMA: 62.193,96 euros (IVA incluido)
Adjudicataria e importe de adjudicación	ADALMO: 63.469,98 euros (IVA incluido), dado que tenía una valoración de 10 puntos en el apartado de "Mejoras", mientras que ISMA no obtuvo ninguna puntuación en este apartado

En relación a este expediente de contratación, como ya se ha indicado anteriormente, ABH ([...]) había mantenido comunicaciones previas con ISMA ([...]), comentándole mediante correo electrónico de 4 de noviembre de 2011, el importe que debería presentar como oferta para que ambas empresas tuvieran garantías de la adjudicación del contrato (folio 1970).

Además, mediante otro correo electrónico de ese mismo día 4 de noviembre de 2011, ABH ([...]) le detalló a ISMA ([...]), su oferta para la gestión de los residuos peligrosos, esperando que ISMA estuviera

conforme con la misma, y adjuntando un modelo de subcontratación para que ABH pudiera llevar a cabo la gestión de estos residuos peligrosos³⁶.

i) Hospital Son Espases (folios 5685 a 5751):

Envío de invitaciones para participar en el procedimiento negociado	25 de enero de 2012
Adjudicación	22 de febrero de 2012
Tipo de procedimiento	Negociado
Importe de licitación	42.884,42 euros (IVA incluido)
Lotes	--
Licitadores invitados y ofertas	CONSEUR: 42.884,42 euros (IVA incluido) El resto de empresas invitadas no presentaron oferta: ABH y SAICA NATUR BALEARES
Adjudicataria e importe de adjudicación	CONSEUR: 42.884,42 euros (IVA incluido)

El Pliego de Cláusulas Administrativas de este expediente sí que permitía la subcontratación (folio 5692) y, de nuevo, CONSEUR presentó junto con su oferta una carta en la que indicaba que el transportista de los residuos sería ABH.

j) Área de Salud de Menorca (folios 4786 a 5233):

Publicación del anuncio de licitación	12 de octubre de 2011
Adjudicación	27 de abril de 2012
Tipo de procedimiento	Abierto
Importe de licitación	293.184,25 euros (IVA incluido)
Lotes	--
Licitadores y ofertas	ABH: 173.174,52 euros (IVA incluido) ADALMO: 165.449,52 euros (IVA incluido)
Adjudicataria e importe de adjudicación	ABH: 173.174,52 euros ADALMO: excluida ³⁷

k) Fundació D'Investigació Sanitaria de les Illes Balears Ramon Llull (folios 3985 a 4048):

Publicación del anuncio de licitación	10 de mayo de 2012
Adjudicación	22 de junio de 2012
Tipo de procedimiento	Abierto
Importe de licitación	47.200 euros (IVA incluido) anuales
Lotes	--

³⁶ Folios 7154 a 7155, versión censurada para ISMA. Folios 6974 a 6975, versión censurada para ADALMO. Folios 6795 a 6796, versión censurada para ABH y CONSEUR.

³⁷ Aunque en un principio se determinó que la oferta más ventajosa era la de ADALMO, ABH presentó alegaciones contra la admisión de ADALMO en el procedimiento en las que entre otras cosas decía que el gerente y propietario de la empresa ADALMO, [...], había sido condenado a inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión y oficio de gestión de cualquier tipo de residuos por el tiempo de 9 meses y 1 día (mediante sentencia de la Audiencia Provincial de Palma notificada a las partes en julio de 2011) y que por lo tanto, ADALMO estaba incurso en prohibición de contratar con la Administración.

La Mesa de contratación estimó esas alegaciones, excluyendo a ADALMO de la licitación.

Licitadores y ofertas	ADALMO: oferta presentada a través de precios unitarios para cada uno de los contenedores (con una valoración económica de 2.530,60) ISMA: oferta presentada a través de precios unitarios para cada uno de los contenedores (con una valoración económica de 3.027,95)
Adjudicataria e importe de adjudicación	ADALMO: de acuerdo con la oferta económica presentada y con un límite anual de 47.200 euros

I) Servicio de Salud IB GAP Mallorca (folios 3000 a 3049, 3807 a 3812 y 5304 a 5313):

Publicación del anuncio de licitación	17 de diciembre de 2011
Adjudicación	6 de julio de 2012
Tipo de procedimiento	Abierto
Importe de licitación	220.011,30 euros (IVA incluido)
Lotes	--
Licitadores y ofertas	ABH: 97.272,36 euros (IVA incluido) ADALMO: excluida ³⁸
Adjudicataria e importe de adjudicación	ABH: 97.272,36 euros (IVA incluido)

2.2. Contratación de la gestión de residuos en centros sanitarios privados

- (30) Como se ha indicado anteriormente, también se ha acreditado en el expediente que ABH e ISMA se repartieron la gestión de los residuos de determinados centros sanitarios privados.
- (31) Así, previamente se ha hecho referencia a las anotaciones de las reuniones de 13 de julio de 2005 y de 9 de enero de 2007 (folios 2001 a 2004) recabadas en la inspección de ABH, en las que se recoge la asignación de clientes privados acordada entre ABH e ISMA en los años 2003, 2005 y 2007, referidos entre otras, a la clínica Planas, a la Clínica Rotger y a la Clínica Juaneda.
- (32) Tanto en las mencionadas anotaciones como en unos cuadros contenidos en los folios 2005 y 2006, la Clínica Juaneda aparece atribuida a ISMA. De hecho, ISMA había firmado contratos con la Clínica Juaneda el 1 de julio de 2006 (folios 2475 a 2477) y 1 de julio 2008 (folios 2478 a 2480), por periodos de 2 años cada uno, para la gestión de los residuos sanitarios.
- (33) Asimismo, el 1 de julio de 2010, ISMA y la Clínica Juaneda firmaron un nuevo contrato para la prestación de estos servicios, por un periodo de dos años aunque pudiendo rescindirlo con preaviso de 3 meses (folios 2481 a 2483).

³⁸ ADALMO fue excluida como consecuencia de la citada condena a inhabilitación de su gerente.

- (34) Pues bien, durante la vigencia de este contrato, el 17 de agosto de 2011, ISMA ([...]) envió un correo a ABH ([...]) (folios 2171 a 2173) con una propuesta de precios para un nuevo contrato de gestión de residuos con la Clínica Juaneda. Al inicio del correo, [...] (ISMA) dice: *“Buenos días Jesús, te remito mediante archivo adjunto la propuesta comentada. Ya iremos comentando a medida que vayan avanzando los acontecimientos”*.
- (35) Posteriormente, el 1 de septiembre de 2011, ISMA firmó con la Clínica Juaneda (Servicios Integrales de Sanidad) un contrato de gestión de residuos sanitarios por un periodo de 2 años prorrogable anualmente de forma tácita, en el que aparecen los mismos precios que figuraban en el referido correo para la gestión de residuos biosanitarios grupos II y III, (folios 2484 a 2486). Los precios recogidos en este contrato de 2011 eran significativamente inferiores a los incluidos en el contrato de 2010.
- (36) El 27 y 28 de octubre de 2011, ABH ([...]) e ISMA ([...]) se intercambiaron correos con precios sobre gestión de residuos, añadiendo expresiones como *“necesito saber a cuanto fue a la juaneda”* o *“no vi la oferta que hicieron en Juaneda, pero te paso los precios estimativos en función del 35% que ofreció”* (folios 2191 a 2192). Como se puede deducir de la información enviada por la Clínica Juaneda a la extinta DI, la empresa que *“fue a la juaneda”* era el nuevo competidor; es decir, ADALMO (folio 2474).
- (37) Por otro lado, en las anotaciones de la reiterada reunión de 9 de enero de 2007 se atribuía la Clínica Rotger a ABH (folio 2001), si bien a continuación se recogían previsiones a futuro que atribuían dicha clínica a ISMA (folio 2003).
- (38) Así, el 15 de enero de 2007, la Clínica Rotger e ISMA firmaron un contrato para la gestión de residuos sanitarios de este centro, con una vigencia de un año, con prórrogas tácitas anuales (folios 3814 a 3821).
- (39) Pues bien, el 19 de agosto de 2011, ISMA ([...]) y ABH ([...]) intercambiaron por correo electrónico (folios 2174 a 2190)³⁹ diversos modelos de contrato, a los que se adaptaría posteriormente el contrato de gestión de residuos sanitarios firmado entre ISMA y la Clínica Rotger, el 15 de diciembre de 2011. Dicho contrato preveía una duración de dos años, prorrogable tácitamente de forma anual (folios 3822 a 3824).
- (40) Finalmente, en relación a las Clínicas señaladas anteriormente, Juaneda y Rotger, la DI incorporó al expediente, procedente de la inspección realizada en la empresa ABH, un borrador de contrato de fecha 1 de

³⁹ En el correo de 19 de agosto de 2011 [...] (ISMA) dice: *“Buenos días Jesús [ABH], te remito los documentos comentados, en cuanto puedas envíame lo tuyo”*. A este correo responde ABH ([...]) el mismo 19 de agosto de 2011, diciendo: *“Hola Fernando [ISMA], adjunto documentos. Un saludo y buen fin de semana.”*

diciembre de 2011, mediante el cual ABH se comprometía a realizar para ISMA el servicio de retirada y transporte de los residuos del grupo II de estas clínicas (folios 1957 a 1967). Este contrato preveía una duración de cuatro años y en el mismo se enumeraban otros centros sanitarios a los que también afectaría dicho contrato (San Juan de Dios, Clínica Planas, Hospital General Muro y GESMA).

- (41) Asimismo, en este momento en el que ya había entrado en el mercado balear el nuevo competidor ADALMO, el 29 de noviembre de 2011, ISMA ([...]) envía un correo a ABH ([...]) en el que ISMA comunica los hospitales a los que les ha rebajado el precio de gestión del grupo II⁴⁰.
- (42) En el mismo sentido, ABH firmó contratos con varios centros sanitarios privados, en los que incluía cláusulas para ejercer el derecho de tanteo, y así asegurarse la posibilidad de ofertar el mismo precio que el posible competidor, tal y como aparece en un correo interno de ABH/CONSEUR (entre [...]) de fecha 24 de enero de 2012, en el que se dice textualmente: *“Otra variable que no habíamos tenido en cuenta es la CLÁUSULA VII del contrato, en la que da “DERECHO DE TANTEO” a ABH, con lo cual tendríamos derecho a conocer e igualar la oferta de ADALMO”*⁴¹.
- (43) Entre estos centros sanitarios privados con los que ABH suscribió contratos de gestión de residuos entre los años 2009 y 2010⁴², que incluían este tipo de cláusulas se encuentran:
- AURORA CLINIC: contrato de 30 de octubre de 2009, con una duración de dos años, prorrogable tácitamente por periodos iguales (folios 1441 a 1444).
 - LIADO I OLIVAR CIRUGÍA MAXILO FACIAL: contrato de 24 de septiembre de 2010 (folio 1447). La referencia a este contrato se recoge en una carta de ABH de 22 de noviembre de 2011, en la que esta empresa invoca su derecho de tanteo.
 - AGRUPACIÓN MÉDICA BALEAR: contrato de 11 de febrero de 2009, con una duración de tres años, prorrogable tácitamente por periodos iguales⁴³.

⁴⁰ Folios 6266 a 6267, versión censurada para ISMA. Folios 6100 a 6101, versión censurada para ADALMO. Folios 5934 a 5935, versión censurada para ABH y CONSEUR.

⁴¹ Folio 6291, versión censurada para ISMA. Folio 6125, versión censurada para ADALMO. Folio 5959, versión censurada para ABH y CONSEUR.

⁴² En este sentido, hay que tener en cuenta que aunque la autorización a ADALMO para la recogida y transporte de residuos se concedió el 24 de mayo de 2010, la solicitud de la misma había tenido entrada en la Consejería de Medioambiente de Baleares, el 19 de enero de 2007 (folios 1382 a 1387).

⁴³ Folios 6293 a 6296, versión censurada para ISMA. Folios 6127 a 6130, versión censurada para ADALMO. Folios 5961 a 5964, versión censurada para ABH y CONSEUR.

- POLICLÍNICA MIRAMAR: contrato de 11 de febrero de 2009 (folio 1979). La referencia a este contrato se recoge en una carta de ABH de 26 de enero de 2012, en la que esta empresa invoca su derecho de tanteo y afirma que ADALMO no cuenta con todas las preceptivas autorizaciones para tratar y almacenar residuos de Grupo III.
- (44) Además, constan en el expediente quejas de algún centro privado que afirma haber recibido amenazas por parte de ABH en caso de no renovar su contrato con esta entidad (folios 1922 a 1924). Así, en un correo de 2 de diciembre de 2011 (folio 1923), [...] del Grupo Policlínica le dice a [...] (ABH) *“Sinceramente, ayer no me puse al teléfono porque después de leer vuestra carta consideré que no teníamos nada de lo que hablar. No tenemos por costumbre en esta empresa aceptar ni considerar las prácticas amenazantes vengan de quien vengan (...). La situación es muy sencilla, el mercado de la recogida de residuos hospitalarios ha dejado de ser un monopolio a partir de Junio de 2.011 en las Islas Baleares y nosotros manejamos una oferta un 35% más barata que la vuestra”*.

2.3. Acciones llevadas a cabo por las empresas incoadas para dificultar la entrada de ADALMO en el mercado

- (45) Como también se ha comentado con anterioridad, ABH, ISMA y CONSENUR trataron de entorpecer la entrada de ADALMO en el mercado, adoptando diversas medidas encaminadas a tal fin. De hecho, constan en el expediente comentarios hechos por las propias empresas en dicho sentido, como se recoge en el reiterado correo electrónico de 4 de noviembre de 2011, en el que [...] (ABH) comenta a [...] (ISMA) que (folio 1970): *“(...) Entiendo que allí puede haber una ventaja competitiva muy importante respecto a Adalmo, pero no nos confiemos. Creo que el objetivo para los próximos 2 años es intentar que no logre ningún contrato importante, y el margen de beneficio es secundario. Es muy importante que dentro de uno o dos años haya logrado una cuota mínima de mercado (...).”*
- (46) La intención de ABH de dificultar la entrada de ADALMO en el mercado también se pone de manifiesto en correos internos, como el correo de 25 de octubre de 2011⁴⁴, en el que [...] (ABH) comenta a [...] (ABH) que: *“Ahora mismo mi estrategia es muy clara: parar la competencia, el aspecto rentabilidad es secundario (si no fuera así, no habríamos bajado los precios a la mitad)”*.
- (47) Pues bien, durante la tramitación de este expediente la DI ha acreditado diversas actuaciones de las empresas incoadas encaminadas a

⁴⁴ Folio 6381, versión censurada para ISMA. Folio 6215, versión censurada para ADALMO. Folio 6049, versión censurada para ABH y CONSENUR.

entorpecer la adquisición por ADALMO de la preceptiva autorización administrativa.

- (48) A este respecto cabe indicar que ADALMO obtuvo su autorización para gestionar los residuos sanitarios (recogida y transporte) del grupo I y II, el 24 de mayo de 2010, mediante resolución de la Consellería de Medio Ambiente y Movilidad del Govern de Balears de esa fecha (folios 1382 a 1387).
- (49) Posteriormente, el 21 de junio de 2010, ADALMO solicitó autorización para gestionar los residuos sanitarios del grupo III, residuos que en lo que se refiere al grupo III ordinario, hasta ese momento solo podían ser tratados en su fase final por CONSENUR. Dicha solicitud fue estimada el 15 de junio de 2011 (folios 1388 a 1396).
- (50) Tras la publicación en el Boletín Oficial de las Illes Balears (BOIB) de 20 de diciembre de 2010, del anuncio de información pública sobre el proyecto y el estudio de impacto ambiental de ampliación de la planta de ADALMO en Bunyola para gestionar los residuos del grupo III, ABH y CONSENUR intercambiaron correos electrónicos coordinando su actuación respecto de esta nueva autorización.
- (51) Así, el 18 de enero de 2011, [...] (ABH) envió un correo electrónico a [...] (CONSENUR) en el que le adjuntaba un peritaje sobre el proyecto y le decía *“te enviaré a nombre de quién tiene que hacer vuestro abogado el escrito”* (folios 1881 a 1882).
- (52) También el 18 de enero de 2011, [...] (ABH) envió otro correo electrónico a [...] (CONSENUR) en el que le decía la dirección a la que debería ir dirigido el escrito del abogado de CONSENUR, poniendo como referencia *“PROYECTO DE PLANTA DE TRATAMIENTO DE RESIDUOS SANITARIOS EN EL TERMINO MUNICIPAL DE BUNYOLA, POLÍGONO SES VELES, Y ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL PROMOVIDO POR ADALMO, S.L.”*⁴⁵.
- (53) Finalmente, también el día 18 de enero de 2011, [...] (CONSENUR) envió un correo a [...], asesor jurídico interno de la empresa URBASER, pidiéndole que diera forma jurídica a un informe adjunto que CONSENUR quería utilizar para presentar alegaciones al proyecto de ampliación de la planta de ADALMO⁴⁶. En este correo [...] (CONSENUR) afirma que: *“El*

⁴⁵ Folio 6547, versión censurada para ABH y CONSENUR. Folio 6704, versión censurada para ISMA y ADALMO.

⁴⁶ Folios 6548 a 6549, versión censurada para ABH y CONSENUR. Folios 6705 a 6706, versión censurada para ISMA y ADALMO.

objetivo es retrasar lo máximo posible el proyecto o incluso que decidan retirarlo o sea que la consejería de medio ambiente no lo acepte.”

- (54) Los escritos de [...] (CONSEUR) y de [...] (ABH) en los que se realizan alegaciones al mencioando proyecto de ADALMO, tuvieron entrada en el registro de la Consellería de Medio Ambiente y Movilidad del Gobierno de Baleares, el 28 de enero de 2011 (folios 1196 a 1200). En estos escritos ambas empresas solicitaban la denegación de la viabilidad del proyecto de ampliación de la planta de gestión de residuos sanitarios de ADALMO.
- (55) Asimismo, el 31 de enero de 2011, [...] (ABH) remitió correo electrónico a [...] (CONSEUR) adjuntádo un escrito sobre el reiterado proyecto de ADALMO, para que CONSEUR lo presentara en el Ayuntamiento de Bunyola (folios 1877 a 1880)⁴⁷.
- (56) Finalmente, la Consellería de Medio Ambiente y Movilidad del Gobierno de Baleares, concedió la autorización solicitada por ADALMO para gestionar los residuos sanitarios del grupo III, mediante resolución de 14 de junio de 2011⁴⁸.
- (57) Con posterioridad a la concesión de la autorización a ADALMO, el 18 de julio de 2011, [...] (ABH) envió un correo a [...] (ISMA), en el que comenta una solicitud de reunión con la Directora General de Medio Natural, Educación Ambiental y Cambio Climático del Govern de Baleares, referida a la autorización de la planta de tratamiento de residuos sanitarios de ADALMO. En el correo, [...] (ABH) dice: *“En el escrito solicitamos reunión con la Directora General, así que en cuanto nos dé cita te avisamos y sería importantísimo que fuésemos ISMA, CONSEUR y ABH”*⁴⁹.
- (58) Paralelamente, el 21 de julio de 2011, [...] (ABH), como Presidente de la Asociación de Gestores Industriales de Baleares (AGRIB), solicitó al Ayuntamiento de Bunyola la denegación de la licencia de actividad a ADALMO (folio 1917).
- (59) El Ayuntamiento de Bunyola respondió a CONSEUR mediante escrito enviado el 2 de agosto de 2011, desestimando su solicitud de paralización o denegación de la solicitud de permiso de instalación de la planta de ADALMO. Este escrito añadía que corresponde al Consell de Mallorca la

⁴⁷ En dicho correo [...] (ABH) afirma: *“Buenos días Josep [CONSEUR], te adjunto escrito para presentar al ayuntamiento de bunyola”*.

⁴⁸ Folios 6476 a 6485, versión censurada para ABH y CONSEUR. Folios 6633 a 6642, versión censurada para ISMA y ADALMO.

⁴⁹ Folios 7208 a 7209, versión censurada para ISMA. Folios 7028 a 7029, versión censurada para ADALMO. Folios 6849 a 6850, versión censurada para ABH y CONSEUR.

determinación de la adecuación de la documentación técnica para la concesión del permiso de instalación (folios 1890 a 1891).

- (60) Finalmente, el 5 de agosto de 2011, CONSENUR interpuso, ante el Conseller de Agricultura, Medio Ambiente y Territorio del Gobierno de Baleares, recurso de alzada contra la resolución de 14 de junio de 2011 que autorizaba a ADALMO la gestión de residuos sanitarios del grupo III (folios 1233 a 1248).
- (61) Además de su oposición a que ADALMO obtuviera las autorizaciones administrativas necesarias para poder empezar a desarrollar su actividad de gestión de residuos sanitarios del grupo III, ABH e ISMA realizaron diversas actuaciones para que ADALMO no fuera la adjudicataria de contratos de gestión de residuos sanitarios en centros sanitarios públicos de Baleares.
- (62) Así, ABH e ISMA intercambiaron información sobre la situación procesal del propietario y gerente de ADALMO⁵⁰, para tratar de impedir que esta empresa pudiera participar en diversas licitaciones convocadas por centros sanitarios públicos, todo ello sobre la base de la Ley de Contratos del Sector Público vigente en aquel momento (LCSP)⁵¹.
- (63) En particular, ABH e ISMA intercambiaron correos electrónicos en los que comentaban diversos aspectos de la sentencia y de cómo proceder en las licitaciones públicas en las que participaba ADALMO, como puede observarse en los siguientes correos:
- Correo de 29 de julio de 2011, enviado por [...] (ABH) a [...] (ISMA) (folios 2159 a 2170): *“Hola Fernando, te adjunto la sentencia. Échale un vistazo a los “Hechos probados” porque es muy interesante, y hablando de res. Sanitarios mira lo que pone al final de la pág. 7 y ppio de la 8. Además ahora te iré pasando recortes de prensa”.*
 - Correos de 1, 2, 20 y 22 de diciembre de 2011 intercambiados entre [...] (ISMA) y [...] (ABH) sobre la participación de ADALMO en el concurso para la gestión de residuos sanitarios convocado por la Fundación Banco de Sangre de las Illes Balears⁵². En estos correos, [...] (ABH), como presidente de la AGRIB, informa a [...] (ISMA) de la posibilidad de que la AGRIB presente escrito ante el órgano de

⁵⁰ La sentencia 66/11 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, 7 de junio de 2011, condenó al propietario y gerente de ADALMO ([...]), como responsable de un delito contra el medio ambiente, imponiéndole entre otras penas, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio de gestión de cualquier tipo de residuos por el tiempo de 9 meses y 1 día (folios 2160 a 2170)

⁵¹ Artículos 49.1 y 50 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

⁵² Folios 6315 a 6318, versión censurada para ISMA. Folios 6149 a 6152, versión censurada para ADALMO. Folios 5983 a 5986, versión censurada para ABH y CONSENUR.

contratación, poniendo de manifiesto la irregularidad que supondría que ADALMO gestionara los residuos sanitarios de este concurso. A esta propuesta del presidente de la AGRIB responde [...] (ISMA), diciendo: *“Estimado Jacinto, según conversación telefónica, a continuación te remito escrito de contestación de la Fundació Banc de Sang i Teixits de les Illes Balears, para proceder según corresponda”*.

Posteriormente, el 20 de diciembre, [...] (ABH) respondió: *“Buenos días Fernando: Habiéndome reunido ayer con el abogado para tratar este tema, me solicita que, si es posible, le remitamos el email en el que formulasteis las alegaciones. Cualquier duda que puedas tener me llamas”*⁵³.

Finalmente, el 22 de diciembre de 2011, [...] (ABH) envió correo electrónico a [...] (ISMA)⁵⁴, diciendo: *“Buenos días, Fernando [ISMA]: Te adjunto escrito a presentar al Banc de Sang. El abogado estima que es mejor que lo presente ISMA 2000, aunque si quieres lo puedo llevar yo mañana al registro. Si te parece bien, basta añadir tu DNI al principio del escrito e imprimir 2 copias de todo (documentes anexos incluidos) y yo lo pasaré a buscar mañana por tu oficina. En cualquier modo, también sería muy importante que tú llamas mañana al Banc de Sang informando que has presentado este escrito y pulsar a ver cómo se lo toman”*⁵⁵.

- (64) ABH presentó escritos solicitando la exclusión de ADALMO en otros concursos, además del convocado por la Fundación Banco de Sangre de las Illes Balears, al que se acaba de hacer referencia.
- (65) Así ocurrió en el procedimiento de adjudicación abierto, convocado en 2011 por la Gerencia del Área de Salud de Menorca para la gestión de residuos sanitarios de dicha Gerencia. En este caso, ABH presentó escrito solicitando la exclusión de ADALMO el 21 de diciembre de 2011 (folios 2060 a 2065).
- (66) ABH también presentó un escrito ante la Fundación Hospital de Manacor, el 2 de agosto de 2011, solicitando el inicio de oficio del procedimiento de declaración de la prohibición de contratar para ADALMO, así como la

⁵³ Folio 7192, versión censurada para ISMA. Folio 7012, versión censurada para ADALMO. Folio 6833, versión censurada para ABH y CONSENUR.

⁵⁴ Folios 6324 a 6339, versión censurada para ISMA. Folios 6158 a 6173, versión censurada para ADALMO. Folios 5992 a 6007, versión censurada para ABH y CONSENUR.

⁵⁵ Durante la inspección realizada en la sede de ABH los días 6 y 7 de junio de 2012, se encontró un borrador de escrito de 22 de diciembre de 2011, mediante el cual ISMA solicitaba a la Fundación Banco de Sangre de las Illes Balears, la revisión de la adjudicación efectuada a favor de ADALMO, en el procedimiento de contratación convocado por la Fundación en el año 2011, así como que se declarase la nulidad de la adjudicación realizada (folios 2077 a 2081).

exclusión de ADALMO del procedimiento de adjudicación (folios 1931 a 1935).

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**LCNMC**), compete a la CNMC *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

Asimismo, de acuerdo con el apartado primero de la Disposición Transitoria Quinta de la LCNMC, *“los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que esta Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.”*

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 (recurso de casación núm. 3082/2015) ordena a la CNMC *“que retrotraiga el procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo y reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias, y resuelva luego lo procedente de forma motivada.”*

Retrotraído el procedimiento y reanudada la tramitación del mismo, a la luz de la fundamentación contenida en las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2015 y de 19 de febrero de 2018 respectivamente, la Sala de Competencia del Consejo ha considerado suficiente la instrucción realizada por la extinta DI, que se recoge en el informe y propuesta de resolución obrante en este expediente. Así pues, sobre la base de este informe y propuesta de resolución, esta Sala debe decidir si las prácticas investigadas son constitutivas de infracción del artículo 1 de la LDC.

Como se observa en los hechos acreditados, las prácticas realizadas por las empresas incoadas se han extendido durante la vigencia de la LDC de 2007 y de la Ley 16/1989, de 17 de julio (**LDC 1989**), que en ambos casos prohíben las conductas colusorias. Como ha señalado reiteradamente la Autoridad de la

Competencia en sus resoluciones⁵⁶, los artículo 1 de la LDC y 1 de la LDC 1989 recogen la misma infracción si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)⁵⁷, deberá aplicarse aquélla que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable.

Esta aplicación más favorable de la LDC ha sido reconocida en anteriores ocasiones no sólo por el Consejo de la CNC y de la CNMC sino también por la Audiencia Nacional que, en su sentencia de 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011, de L'OREAL ESPAÑA S.A. y L'OREAL S.A.), ha señalado lo siguiente:

“En el siguiente motivo afirma la actora que la CNC ha realizado una indebida aplicación retroactiva de la Ley 15/2007. Frente a ello conviene destacar que la conducta imputada se habría iniciado el 8 de febrero de 1989, se habría prolongado durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007, hasta el 28 de febrero de 2008.

Puesto que la incoación del expediente se produjo el 16 de junio de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta, sensu contrario, de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del citado texto legal, en el que se señala que “Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.”

Pero en cuanto al derecho material, debe señalarse que sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de ambas leyes sea idéntica, lo cierto es que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la anterior Ley 16/1989. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la

⁵⁶ A título de ejemplo, resoluciones del Consejo de la CNC de 23 de febrero de 2012, Expte. S/0244/10 Navieras Baleares, y de 15 de octubre de 2012, Expte. S/0318/10 Exportación de sobres; y Resoluciones de la CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés, de 4 de diciembre de 2014, Expte. S/0453/12 Rodamientos Ferroviarios, de 28 de mayo de 2015 Expte. S/0471/13 Concesionarios AUDI/SEAT/VW y de 9 de marzo de 2017, Expte. S/DC/0512/14 Transporte Balear de Viajeros.

⁵⁷ Y también en el artículo 26 la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción.

Por tanto, como quiera que ambas leyes sancionaban exactamente las mismas conductas, el tratamiento de éstas es idéntico así como la cuantificación de la multa, pues en ambas se señala que la cuantía podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, no se puede afirmar que la nueva Ley sea más perjudicial para la actora que la antigua”.

Esa apreciación de la LDC como ley más favorable resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la LDC 1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención del pago de la multa o la reducción del importe de la multa en aplicación del programa de clemencia, introducido precisamente por la LDC.

Por lo tanto, en atención al carácter más beneficioso de la LDC, ésta es la norma aplicable al presente procedimiento sancionador.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR, RESOLUCIÓN DE 2014 Y POSTERIORES DECISIONES EN VÍA DE REVISIÓN JUDICIAL

En su propuesta de resolución de 3 de julio de 2013, la Dirección de Investigación considera acreditado “*que ABH, ISMA y CONSENUR, han actuado de forma concertada en la gestión de residuos sanitarios en Baleares, repartiéndose actividades y clientes públicos y privados, concertando precios, compartiendo recursos e información comercial sensible, así como actuando de forma coordinada para intentar eliminar la competencia de ADALMO en el mercado de gestión de residuos sanitarios en Baleares, lo que constituye una infracción única y continuada tipificada en el artículo 1 de la LDC.*”⁵⁸

En particular, conforme se expresa en los apartados (275) a (277) de la PR, el órgano instructor considera acreditado que ABH e ISMA concertaron su actuación en el sector de la gestión de residuos desde al menos el año 2003; mientras que en el caso de CONSENUR su participación solo se ha acreditado desde el año 2007, con la particularidad de que su concertación con ABH habría finalizado en enero de 2012, cuando ambas entidades pasaron a formar parte del mismo grupo empresarial (STERICYCLE). La actuación concertada entre CONSENUR/ABH e ISMA se habría extendido, al menos, hasta junio de 2012,

⁵⁸ Párrafo (267) de la Propuesta de Resolución.

momento en el que tuvieron lugar las inspecciones en las sedes de ABH, ISMA y CONSENUR (párrafo (184) de la PR).

En consonancia con lo anterior, la Dirección de Investigación, en su informe propuesta elevado al Consejo propuso:

“PRIMERO. *Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, que dan lugar a una infracción única y continuada de este artículo, derivada de acuerdos y actuaciones concertadas entre Anglo Balear de Servicios e Higiene, S.L., Isma 2000, S.L. y Consenur, S.A., para repartirse actividades y clientes públicos y privados, concertar precios y compartir recursos e información comercial sensible, así como actuar de forma coordinada para hacer frente a la entrada de Adalmo, S.L., que distorsionan la competencia en el mercado de gestión de residuos sanitarios de Baleares.*

SEGUNDO. *Que se declare como responsables de dicha infracción a Anglo Balear de Servicios e Higiene, S.L., Isma 2000, S.L. y Consenur, S.A.*

TERCERO. *Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.*

CUARTO. *Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.*

QUINTO. *Que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el artículo 53 de la LDC, en la medida que resulten pertinentes.”*

Con posterioridad, el 4 de febrero de 2014, la Sala de Competencia del Consejo, con la composición reflejada en la propia resolución, adoptó resolución considerando que no se había acreditado la comisión de ninguna infracción por parte de las empresas incoadas.

Así, en dicha resolución se consideró que el hecho de que CONSENUR no desarrollara actividades de recogida y transporte de residuos sanitarios en Baleares, en las que operaban ABH e ISMA, impedía considerar que CONSENUR pudiera haber participado en una práctica colusoria relacionada con dichas actividades de recogida y transporte. En esta resolución de 4 de febrero de 2014 también se concluyó que no se había acreditado la participación de CONSENUR en ningún plan para evitar la entrada de ADALMO en el mercado, sino que simplemente se había constatado su participación en un expediente administrativo sobre la idoneidad del gerente de ADALMO y sobre la carencia de autorizaciones administrativas por esta empresa, para prestar los servicios de gestión de residuos sanitarios.

Respecto de ABH e ISMA, la resolución de 4 de febrero de 2014 concluyó que las explicaciones alternativas facilitadas por estas empresas sobre sus contactos, contratos y actuación en las licitaciones públicas, debían ser acogidas. Conforme a estas explicaciones, dichos contactos, contratos y

actuación en las licitaciones públicas obedecían (i) a la segmentada especialización de cada empresa, (ii) en el caso de la bajada de los precios ofertados en las licitaciones, a la aparición de un nuevo operador, y (iii) en relación con ADALMO, no se ha acreditado que las empresas incoadas adoptaran medidas para impedir su entrada en el mercado ni, posteriormente, para que resultara adjudicataria de contratos.

Esta resolución de 4 de febrero de 2014 fue recurrida sucesivamente ante la Audiencia Nacional y ante el Tribunal Supremo que, mediante sentencias respectivas de 29 de junio de 2015 y de 19 de febrero de 2018, anularon la mencionada resolución.

En particular, la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2015 afirmaba que:

“SEXTO.- Los argumentos que expone la Sala de competencia de la CNMC para acordar tal archivo han de ser desestimados, conforme a los argumentos expuestos por la recurrente y la DI, empezando por decir, que la contraposición que hace la resolución impugnada entre hechos acreditados y probados no resulta procedente, al tratarse aquél del género, y este último de la especie, incluyendo aquél a los hechos exentos de prueba, como los admitidos o notorios, pero que en todo caso, junto con los hechos probados sirven para determinar los que quedan fijados a los efectos del proceso, como admite la doctrina científica. Y en este caso entendemos que los hechos declarados probados por la Dirección de Investigación han quedado acreditados.”

Mientras que el Tribunal Supremo afirmaba en su sentencia de 19 de febrero 2018, que:

“CUARTO.- (...) Pues bien, compartimos el parecer de la Sala de instancia en cuanto a la apreciación de que la resolución que acuerda el archivo del procedimiento sancionador no realizó una valoración pormenorizada del material probatorio disponible, ni examinó con el necesario detenimiento la relación de hechos que la Dirección de Investigación recogía en su propuesta como acreditados. Son estas razones para considerar procedente la anulación del acuerdo de archivo del expediente; pero ello supone la estimación del recurso sólo en parte, pues, por las mismas razones que hemos expuesto en el apartado anterior al examinar los motivos de casación, la anulación del acuerdo impugnado no debe conducir a ningún pronunciamiento sobre los hechos que deben considerarse probados —ni, dese luego, sobre su calificación jurídica o su encaje en un tipo infractor ni sobre la procedencia y cuantía de la sanción sino, únicamente, a ordenar la retroacción del procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo a fin de que el órgano actuante reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias, y resuelva luego lo procedente de forma motivada.”

La parte dispositiva de la citada sentencia del Tribunal Supremo ordena a la CNMC *“que retrotraiga el procedimiento administrativo al momento anterior a la decisión de archivo y reanude la tramitación, recabando la información y practicando, en su caso, las pruebas complementarias que se consideren necesarias, y resuelva luego lo procedente de forma motivada.”*

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

En ejecución de la citada sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018, esta Sala ha procedido a valorar de nuevo las pruebas recabadas por la extinta Dirección de Investigación durante la instrucción de este procedimiento, así como las conclusiones alcanzadas por la propia DI en su propuesta de resolución, junto con las alegaciones de las empresas interesadas en el procedimiento, presentadas tanto a la propia PR como al acuerdo de esta Sala de 5 de junio de 2018, que retrotraía las actuaciones de conformidad con la reiterada sentencia del Tribunal Supremo.

4.1. Delimitación de las prácticas restrictivas objeto del expediente. Antijuridicidad

El objeto de esta resolución es valorar si los hechos acreditados suponen una restricción a la competencia tipificada como infracción del artículo 1 de la LDC.

El artículo 1 de la LDC prohíbe *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. (...)”*

En el apartado IV de la presente resolución se han acreditado numerosos contactos entre las empresas incoadas que les habrían permitido concertar su actuación en el sector de la gestión de residuos en las Illes Balears, repartiéndose segmentos de actividad, clientes, intercambiando información sobre precios y otras condiciones comerciales, y dificultando la entrada en el mercado de un nuevo competidor.

La resolución de 4 de febrero de 2014, anulada mediante la sentencia del Tribunal Supremo que se está ejecutando, concluyó que CONSENUR no operaba en los mismos segmentos del mercado que ABH e ISMA, por lo que no podía participar en una infracción del artículo 1 LDC con ellas y que la conducta de las otras dos empresas se explica por la segmentada especialización del sector y por la entrada de un nuevo competidor cuya idoneidad para desarrollar las actividades propias del sector fue cuestionada lícitamente por CONSENUR, ABH e ISMA.

Procede, ahora, hacer un análisis motivado de los hechos acreditados, para comprobar si la valoración alcanzada en la citada resolución anulada fue la correcta.

En este sentido, los hechos acreditados en este procedimiento son constitutivos de una infracción del artículo 1 LDC, por su objeto. Por lo tanto, siguiendo la jurisprudencia española⁵⁹ y de la Unión Europea⁶⁰, procede calificar los hechos analizando el contexto en el que se han producido.

Pues bien, como se ha expuesto en los apartados III y IV de esta resolución, las actuaciones de ABH, ISMA y CONSENUR tuvieron lugar en un mercado caracterizado por la existencia de barreras de entrada, toda vez que en el sector de la gestión de residuos sanitarios es necesario tener una autorización administrativa otorgada por cada Comunidad Autónoma para poder operar. Asimismo, el contexto económico en el que se desarrolla la actividad de la gestión de residuos sanitarios se caracteriza por la elevada concentración de la oferta, en el que solo las tres empresas incoadas se dedican a la gestión de este tipo de residuos en Baleares, hasta la entrada de ADALMO en 2010. Ambas características son indiciarias de un entorno colusorio⁶¹ en el que las prácticas acreditadas (contactos y contratos entre empresas competidoras relativos al reparto de clientes y actividades, y para la obstaculización de la entrada y operación en el mercado de un nuevo competidor) tienen un grado de nocividad suficiente para ser restrictivas de la competencia por su objeto.

De hecho, la jurisprudencia de la Unión Europea ha establecido que los acuerdos de reparto de mercado tienen siempre un objeto restrictivo de la competencia:

“28. El Tribunal de Justicia ya ha juzgado de esa manera que los acuerdos de reparto de mercados son infracciones especialmente graves de las reglas sobre la competencia (véanse en ese sentido las sentencias Solvay Solexis/Comisión, C-449/11 P, EU:C:2013:802, apartado 82, e YKK y

⁵⁹ El Tribunal Supremo ha recogido la necesidad de este análisis en su sentencia de 4 de marzo de 2016 (recurso de casación núm. 200/2013), y en su sentencia de 24 de febrero de 2017 (recurso de casación núm. 1231/2014).

⁶⁰ La jurisprudencia de la Unión Europea ha establecido la necesidad de determinar si los acuerdos restrictivos por su objeto tienen un grado de nocividad suficiente para que sea innecesario el análisis de sus efectos. Así se ha establecido, entre otras, en las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2014, en el asunto C-67/13P, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Comisión*; en la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2015, en el asunto C-286/13P, *Dole Food Company, Inc. y otros c. Comisión*; en la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2015, en el asunto C-172/14, *ING Pensii – Administrat Privat, S.A.*; en la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 2015, en el asunto C-345/14, *SIA “Maxima Latvija”*; en la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2017, en el asunto C-469/15P, *FSL Holdings NV y otros c. Comisión*; en la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2017, en el asunto C-487/16P, *Telefónica, S.A. c. Comisión*; en la sentencia de 23 de enero de 2018, en el asunto C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche Ltd. y otros*.

⁶¹ Decisión de la Comisión de 17 de febrero de 1992, en el asunto UK *Agricultural Tractor Registration Exchange* y posterior STJCE de 28 de mayo de 1998, en el asunto C-7/95P, *John Deere Ltd. c. Comisión*.

otros/Comisión, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, apartado 26). El Tribunal de Justicia también ha considerado que los acuerdos para el reparto de mercados tienen un objeto restrictivo de la competencia por sí mismos y pertenecen a una categoría de acuerdos expresamente prohibida por el artículo 101 TFUE, apartado 1, objeto ese que no se puede justificar mediante un análisis del contexto económico en el que se inserta la conducta anticompetitiva considerada (sentencia Siemens y otros/Comisión, C-239/11 P, C-489/11 P y C-498/11 P, EU:C:2013:866, apartado 218).” [Énfasis añadido]⁶²

En definitiva, la especial gravedad de los acuerdos mediante los que empresas se reparten clientes y actividades hace que no resulte plausible considerar la existencia de un contexto en el que los mismos no tengan un objeto restrictivo de la competencia.

Prácticas acreditadas

En este procedimiento se han recabado anotaciones, contratos y correos electrónicos entre ABH, ISMA y CONSENUR que evidencian la concertación de estas empresas para el reparto de clientes entre ellas.

En particular, constan en el expediente:

- (i) Anotaciones fechadas el 9 de enero de 2007 y el 13 de julio de 2005 (folios 2001 a 2004) en las que se recoge un listado de clientes asignado a ABH y otro a ISMA, y la previsión del reparto futuro de clientes.
(Párrafos (4) a (6) del apartado IV de esta resolución).
- (ii) Correos electrónicos intercambiados entre ABH e ISMA relativos a recomendaciones de precios y ofertas económicas (folios 7180 a 7181, 7186 a 7187, 7205 a 7206, 7229, 7234 a 7240 y 7242 a 7243), y al intercambio recíproco de servicios y medios materiales para sus clientes (folios 1938, 6379, 6383, 7177, 7182, 7223 a 7224 y 7228).
(Párrafos (7) a (9) del apartado IV de esta resolución).
- (iii) Contratos entre ABH y CONSENUR, y correos electrónicos relativos a los mismos, a través de los cuales articulaban su relación comercial, acordando que ABH llevaría los residuos del grupo III a la planta de CONSENUR (folios 6504 a 6506) y que CONSENUR contrataría a ABH para el transporte de los residuos sólidos no peligrosos a la planta de TIRME (folios 6491 a 6503). También se ha acreditado la existencia de contratos entre estas dos entidades para la recogida y transporte de residuos derivados del hospital de Son Dureta (folio 5596) y de Son Espases (folios 6487 a 6490).
(Párrafos (10) a (17) del apartado IV de esta resolución).

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2016, en el asunto C-373/14P, *Toshiba c. Comisión*.

- (iv) Contactos entre ABH, ISMA y CONSENUR tras la aparición de ADALMO, para tratar de dificultar su entrada en el mercado. Así se recoge, por ejemplo, en el correo de 4 de noviembre de 2011 (folio 1970) enviado por ABH a ISMA, en el que le ofrece “*prácticamente gratis el transporte interislas*” e ir “*a coste en los residuos peligrosos*”, con el objetivo de que “*dentro de uno o dos años haya logrado una cuota mínima de mercado*”. Y también en el correo de 26 de enero de 2012 (folio 7129), en el que ISMA le recuerda a CONSENUR una conversación mantenida entre ambas y ABH en la que todos se habían comprometido a bajar los precios con el objetivo de “*conservar [sus] clientes y a la vista de las ofertas que estaban recibiendo*”. A este correo respondió CONSENUR (folio 7128), acordando discutir el asunto en persona con ISMA.

(Párrafos (18) a (22) del apartado IV de esta resolución).

Además, se ha acreditado que entre los años 2005 y 2012, ABH, ISMA y CONSENUR no presentaban oferta por los mismos lotes o licitaciones públicas relativas a la gestión de residuos sanitarios en Baleares. De hecho, hasta 2010 no hay competencia en este sector, dado que solo se presenta una empresa a cada licitación, tal y como consta en la tabla recogida en el párrafo (23) del hecho acreditado 2.1.

Todos estos hechos acreditados permiten concluir, mediante la prueba de presunciones, la existencia de un reparto de mercado entre las empresas incoadas.

En este sentido, la aplicación de la prueba de presunciones en el ámbito del procedimiento sancionador está generalmente admitida por la constante doctrina del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo e incluso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶³.

Así se reconoce también en el ámbito particular del Derecho de la competencia, en la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014⁶⁴:

“La acreditación de las conductas infractoras mediante la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde las SSTC 174 y 175/1985 y resulta práctica habitual en materia de cárteles,

⁶³ SSTC 174/85 y 175/85, de 17 de diciembre; 150/1987, de 1 de octubre y 157/98, de 13 de Julio. En el mismo sentido el TS, 26 de Julio de 1985 y 18 de noviembre de 1986 y TJCE de 31 de marzo de 1993, Pasta de madera, As. C-89/85.

STC (Sala Primera), Sentencia núm. 63/2007 de 27 marzo STC 120/1994, SSTC 73/1985 y 1/1987. STS de 15 julio 2002 (núm. de recurso de casación 6171/1996) :

“La prueba puede derivarse de la coexistencia de inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas”. Caso Irlanda v. Reino Unido, STEDH 18 enero 1978, §161. Caso Anguelova v. Bulgaria, recurso núm. 38361/97, STEDH 13 junio 2002; Caso Tahsin Acar v. Turquía, recurso núm. 26307/95, STEDH 8 Abril 2004; Caso Nachova y otros v. Bulgaria, recursos 43577/98 y 43579/98, STEDH 6 julio 2005; Caso Virabyan v. Armenia, recurso núm. 40094/05, STEDH 2 octubre 2012).

⁶⁴ SAN 3453/2014, de 21 de julio, recurso núm. 426/2012

siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa razonable que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea que tiene, de acuerdo con el artículo 19 del TUE, la misión de garantizar la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión, realiza este cometido a través de los distintos órganos jurisdiccionales que lo integran, a estos efectos, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General. Ambos Tribunales, se han expresado en los términos expuestos, y buen ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, asunto C-441/11, apartados 70 y concordantes.” [Énfasis añadido]

Asimismo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea citada por la sentencia de la Audiencia Nacional transcrita, afirmaba que⁶⁵:

*“70. A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, **en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia** (sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 57, así como de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C 105/04 P, Rec. p. I 8725, apartado 94).*

71. Tales indicios y coincidencias, evaluados globalmente, no sólo pueden revelar la existencia de acuerdos o prácticas contrarios a la competencia, sino también la duración de prácticas colusorias continuadas y el período de aplicación de acuerdos celebrados en contra de las reglas en materia de competencia (véase, en este sentido, la sentencia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, antes citada, apartados 95 y 96).” [Énfasis añadido]

La citada doctrina de la prueba de presunciones exige que los indicios sean probados directamente, que entre ellos y las consecuencias que se pretende extraer de los mismos exista un nexo causal suficientemente razonado y que, en caso de que pudiesen concurrir razones alternativas justificativas de los hechos, se proceda a su análisis con expresión de la causa de su rechazo.

En este caso, como se ha expuesto más arriba, la DI ha acreditado anotaciones, correos electrónicos y contratos entre las empresas incoadas, que constituyen

⁶⁵ STJUE de 6 de diciembre de 2012. Asunto C-441/11. Comisión Europea contra Verhuizingen Coppens NV.

una prueba de concertación entre ellas, más aún cuando también se ha comprobado que ABH, ISMA y CONSENUR no presentaban oferta a las mismas licitaciones públicas convocadas entre 2005 y 2012, es decir, no competían por los mismos concursos.

Sin embargo, todas las empresas incoadas consideran que estos hechos acreditados no son suficientes para concluir la existencia de una práctica concertada entre ellas, considerando que la prueba de indicios no ha sido empleada correctamente por la DI al desechar sus explicaciones alternativas de manera arbitraria.

Así, ISMA expone, tanto en su escrito de alegaciones al Acuerdo de retroacción de actuaciones (folios 8923 a 8941) como en sus alegaciones a la PR (folios 8624 a 8667), que en realidad los contactos y contratos acreditados en el expediente se corresponden con la existencia de una segmentación por especialización del mercado.

En esta segmentación por especialización ISMA afirma que se ocupa de la recogida de residuos en la isla de Mallorca. ABH, por su lado, explica en sus alegaciones a la PR (folios 8559 a 8568), que presta servicios de recogida, transporte y tratamiento de residuos sanitarios del grupo II. Finalmente, CONSENUR expone que su actividad en el sector investigado se limita al tratamiento de residuos sanitarios del grupo III en su planta de Mallorca y a la gestión integral de los residuos del Hospital de Son Dureta primero y, posteriormente, de su sucesor Hospital de Son Espases.

En definitiva, las empresas incoadas sostienen que, en realidad, no operaban de manera concertada en el mercado, sino que cada una de las empresas estaba especializada en una actividad concreta dentro del sector de la gestión de residuos sanitarios que era la que desarrollaba y subcontractaba los servicios de las demás empresas para la prestación del resto de servicios cuando su contrato era para la gestión integral de los residuos sanitarios.

Esta explicación alternativa debe ser desecheda por las siguientes razones:

- (i) En primer lugar, no explica que las empresas incoadas se repartieran los clientes privados, ni que las empresas no compitieran por las licitaciones públicas para la gestión integral de los residuos sanitarios, toda vez que estos contratos incluían una pluralidad de actividades que excedían de la segmentada especialización esgrimida por las empresas incoadas, y que les obligaba a acudir a subcontractaciones entre ellas. Tampoco explica que los precios ofertados por las empresas incoadas en las licitaciones públicas fueran muy similares a los presupuestos base de cada licitación hasta la aparición de ADALMO.
- (ii) En segundo lugar, la reiterada explicación de la segmentada especialización de las empresas no se corresponde con el hecho de que ABH, ISMA y CONSENUR tuvieran licencias coincidentes en muchos casos, para las diferentes actividades relacionadas con la gestión de residuos de los grupos II, III ordinario y III (citotóxico y citoestático). Es

decir, no existía ninguna barrera legal que impidiera a las empresas incoadas desarrollar el resto de actividades del sector en el que no estaban presentes y que, en muchos casos, no requería ninguna inversión importante.

Así por ejemplo, ISMA afirma que solo opera en el segmento de la recogida de residuos sanitarios en la isla de Mallorca y, sin embargo, no cuenta con el camión adaptado a las instalaciones de TIRME, que es la única planta encargada del tratamiento de los residuos del Grupo II en Mallorca y que exige la utilización de un tipo específico de camión para acceder a sus instalaciones. Es decir, a pesar de dedicarse a la recogida de residuos sanitarios, para el transporte de los del Grupo II a la única planta de tratamiento de los mismos, ISMA tenía que contratar los servicios de ABH porque no contaba con su propio camión.

CONSEUR, por su parte, insiste en la explicación de que la adquisición de un camión adaptado a las instalaciones de TIRME no era una inversión rentable; mientras que la construcción de un planta de tratamiento de residuos sanitarios del Grupo III sí que lo era, dado el monopolio natural que constituía Baleares. En apoyo a este argumento aporta unos cuadros en los que compara los márgenes obtenidos por CONSEUR en diferentes plantas de tratamiento de este tipo de residuos a lo largo de la geografía española, concluyendo que los estrechos márgenes obtenidos en Mallorca desincentivan su adquisición del camión adaptado a las instalaciones de TIRME. Sin embargo, CONSEUR no explica la incidencia del transporte en esos márgenes, y lo reducido de los mismos tampoco impidió atraer a un nuevo operador, ADALMO, a Baleares.

- (iii) En tercer lugar, la explicación alternativa de las empresas incoadas no explica que participaran en la elaboración de la oferta de precios por la totalidad de la actividad en lugar de centrarse en la oferta por sus propios servicios. Es decir, no justifica que las empresas incoadas acordaran conjuntamente la oferta a presentar por una de ellas a un contrato integral, en lugar de presentar ofertas independientes.

En conclusión, ni la segmentación por especialización puede calificarse como tal, dado que en realidad varias empresas poseían las mismas licencias; ni podían existir motivos de especialización para que empresas que no desarrollaban directamente la gestión integral de los residuos sanitarios, ofrecieran sus servicios solo a algunos de los clientes que requerían de tal gestión integral, y no a todos.

En particular, por lo que se refiere a las licitaciones públicas, el cuadro elaborado por la DI durante la instrucción de este procedimiento (párrafo 70 de la PR), e incorporado al apartado de hechos acreditados de esta resolución (párrafo 23 de los hechos acreditados) muestra claramente que, hasta la entrada de ADALMO en 2010, no existía competencia por estas licitaciones, dado que las empresas incoadas no competían entre sí por los diferentes concursos y las bajas respecto al precio de licitación eran mínimas.

En este sentido, de los 12 concursos convocados entre 2005 y 2010, ABH, ISMA y CONSENUR no coincidieron presentando oferta en ninguno de ellos y en 6 de esos concursos no hubo baja o la misma fue inferior al 1%. De hecho, la baja más importante producida en dicho periodo fue del 7,83%, ofertada por ABH a la licitación convocada por el Hospital Comarcal de Inca en 2007. Sin embargo, en el periodo comprendido entre 2010 y 2012 se convocaron otros 10 concursos y 2 procedimientos negociados, concurriendo varias ofertas a la mayoría de los concursos, y llegando a ser la baja más alta del 55,79%, en el caso de la oferta presentada por ABH a la licitación convocada por el Servicio de Salud IB GAP Mallorca en 2012. De hecho, de las 10 licitaciones de este periodo se presentaron bajas en 7, siendo superiores al 10% en 6 de los casos.

Esta manera de actuar de las empresas ante licitaciones públicas ha sido considerada suficiente prueba de concertación en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de junio de 2017 (núm. de recurso 168/2016)⁶⁶:

*“Desde el punto de vista de esta Sala, la acomodación de 10 procedimientos concursionales (junto a otros no determinantes de sanción), a un patrón de actuación plural en que cada sociedad puja siempre por el mismo objeto (lote), y en que, ofreciendo para ello un precio inferior al máximo, no es inquietada nunca por competidor alguno, a la vez que se abstiene de realizar ofertas -o las hace al máximo en todos los demás lotes-, que de esta manera son adjudicados de manera sistemática y mimética a sus respectivos aspirantes, **se erige en indicio de tan enorme poder de convicción y consistencia acerca de la existencia de una concertación entre los licitadores, que prácticamente priva de eficacia a cuantas explicaciones puedan argüirse sobre la espontaneidad de ese resultado o sobre su producción natural por causa del diseño del sistema de adjudicación.**” [Énfasis añadido]*

Además, en este caso, las explicaciones alternativas ofrecidas por las empresas incoadas no justifican su proceder con relación a las licitaciones públicas, por lo que deben ser rechazadas por esta Sala. Así por ejemplo, ISMA justifica su no presentación de ofertas en las licitaciones del Hospital de Manacor de 2007, del Hospital Comarcal de Inca de 2007 y de la Gerencia de Atención Primaria de Mallorca de 2010, argumentado que se debía, bien a su carencia de clasificación R5D (que no obtuvo hasta octubre de 2009), bien a la falta de oportunidad comercial de estos contratos (folio 8933). Sin embargo, ISMA no presentó oferta a otras 8 licitaciones que también tuvieron lugar en Mallorca y fueron analizadas por la DI durante la instrucción de este procedimiento. De hecho, el propio

⁶⁶ Sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por TAMAR LAS ARENAS, S.A. contra la resolución del Consejo Vasco de la Competencia, de 4 de febrero de 2016, en el expediente 6/2013, Comedores escolares.

Contra esta resolución de 4 de febrero de 2016 se interpusieron diferentes recursos contencioso-administrativos, todos ellos resueltos mediante sentencias desestimatorias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 21 de junio de 2017, de 19 de junio de 2017, de 28 de junio de 2017 y de 27 de junio de 2017 (recursos núm. 123/2016, 130/2016, 168/2016 y 177/2016).

momento temporal en que tuvieron lugar 6 de ellas descarta el argumento de la falta de clasificación, dado que se licitaron con posterioridad a octubre de 2009, es decir, cuando ISMA ya contaba con la indicada clasificación. Asimismo, la propia cuantía de esas 6 licitaciones descarta el motivo de la falta de oportunidad comercial, ya que cubren una amplia variedad de importes que oscilan entre los 42.884 euros de la licitación convocada por el Hospital de Son Espases en 2012 y los 720.000 euros convocados por el Hospital Comarcal de Inca en 2010, y que podrían resultar interesantes para empresas orientadas a una gran variedad de clientes.

Una explicación similar, y que por tanto debe ser rechazada, es la ofrecida por ABH, que añade que no presentó oferta a las licitaciones del Hospital de Son Espases y de Son Dureta porque su objeto incluía el tratamiento de los residuos, actividad que no prestaba ABH. Sin embargo, como ya se ha indicado, muchos hospitales licitaban conjuntamente la gestión integral de los residuos sanitarios, y eso no impedía que las empresas incoadas, pese a su especialización, presentaran oferta para algunas de ellas. De hecho, la propia ABH presentó oferta y resultó adjudicataria de la licitación convocada por el Hospital Comarcal de Inca en 2010, que tenía por objeto, además de la recogida de residuos sanitarios, que era la actividad desarrollada por ABH, el transporte y tratamiento de los mismos producidos por dicho centro (folio 2568).

A la vista de lo anteriormente expuesto, esta Sala considera que los hechos acreditados por la DI y recogidos en el apartado IV de esta resolución son indicios claros que permiten presumir la existencia de concertación entre las empresas incoadas, sin que las explicaciones alternativas ofrecidas por éstas desvirtúen tal conclusión.

En definitiva, tras un análisis minucioso de los hechos acreditados en este procedimiento, y a la vista de la reciente jurisprudencia⁶⁷ que incluso considera como prueba de concertación suficiente el análisis del comportamiento de las empresas ante las propias licitaciones, esta Sala comparte la conclusión alcanzada por la DI en su PR, de que las prácticas desarrolladas por ABH, ISMA y CONSENUR constituyen una infracción del artículo 1 LDC. En particular, esta Sala considera acreditado que ABH, ISMA y CONSENUR actuaron de forma concertada, repartiéndose actividades y clientes públicos y privados, concertando precios, compartiendo recursos e información comercial sensible, así como coordinándose para intentar eliminar la competencia de ADALMO en el mercado de la gestión de residuos sanitarios en Baleares.

⁶⁷ SSTSJPV de 21 de junio de 2017, de 19 de junio de 2017, de 28 de junio de 2017 y de 27 de junio de 2017, dictadas en los respectivos recursos contencioso-administrativos núm. 123/2016, 130/2016, 168/2016 y 177/2016.

Estas cuatro sentencias desestiman recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la resolución del Consejo Vasco de la Competencia, de 4 de febrero de 2016, en el expediente 6/2013, Comedores escolares.

4.2. Carácter único y continuado. Duración e individualización de las conductas

La propuesta de resolución ha calificado la conducta imputada a las empresas incoadas como una infracción única y continuada considerando que las citadas empresas tenían una estrategia global única para actuar de manera concertada en el sector de la gestión de residuos sanitarios en Baleares, afectando a todos los tipos de residuos sanitarios y tanto a clientes públicos como privados.

Este tipo de infracciones continuadas aparecen reguladas en el artículo 4.6 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora⁶⁸, vigente en el momento de la comisión de la infracción y de la incoación de este procedimiento, y que dispone que “(...) *será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.*”⁶⁹

De hecho, el concepto de infracción continuada es ampliamente admitido en derecho administrativo sancionador⁷⁰ y esta Autoridad de competencia se ha referido a él en múltiples ocasiones⁷¹. Su aplicación exige (i) la existencia de una pluralidad de acciones u omisiones; (ii) separadas pero que se sucedan en el tiempo; (iii) que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, y (iv) que resulten en ejecución de un plan preconcebido tendente a falsear el juego de la competencia⁷².

Respecto al último requisito, la jurisprudencia de la Unión Europea ha establecido, con carácter general, que para valorar si los diferentes actos que integran la conducta se realizan en ejecución de un plan preconcebido que permita concluir la existencia de una única infracción continuada, debe tenerse en cuenta si los mismos “*presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada un[o] de ell[o]s está destinad[o] a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la*

⁶⁸ Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

⁶⁹ El tenor literal de este precepto se contiene en el actualmente vigente artículo 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁷⁰ Véase por ejemplo la STS de 6 de noviembre de 2013 (núm. de recurso de casación 2736/2010).

⁷¹ TDC Expte. 1468/1999, *Texaco 2*; TDC Expte. 475/99, *Prensa Vizcaya*; TDC Expte. 520/2001, *Disared*; CNC S/14/07 – *Residuos Sanitarios*; CNC S/106/08 – *Almacenes de hierro*; Resolución de la CNMC, de 18 de junio de 2015, Expte. S/0469/13- *Fabricantes de papel, cartón ondulado*; Resolución de la CNMC de 25 de junio de 2015, Expte S/0454/12- *Transporte frigorífico*; Resolución de la CNMC de 3 de mayo de 2018, Expte. S/DC/0584/16 – *Agencias de Medios*.

⁷² STJCE de 21 de septiembre de 2006, en el *asunto C-105/04*, (par. 109 a 115) y STPI de 8 de julio de 2008, en el *asunto T-53/03*, (par. 252 y 255).

competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único.”⁷³

Pues bien, en el presente asunto, ha quedado sobradamente acreditada la existencia de una pluralidad de acciones u omisiones llevadas a cabo por las diferentes empresas y que las mismas infringen el mismo artículo 1 de la LDC.

En particular, como se ha reiterado a lo largo de esta resolución, se han acreditado contactos entre ABH, ISMA y CONSENUR encaminados a repartirse los clientes y las actividades en el sector de los residuos sanitarios en Baleares, a través de anotaciones, correos electrónicos y contratos, además de una actuación concertada en su presentación de ofertas a las licitaciones públicas, y en su reacción frente a la entrada de un nuevo competidor en el sector.

Sobre estos hechos acreditados, ABH hace hincapié en la existencia de saltos temporales de hasta dos años en el periodo en el que se le imputa la infracción (alegaciones de ABH a la PR, folios 8559 a 8568), tanto para cuestionar la propia existencia de una estrategia global anticompetitiva como el momento temporal en que su conducta habría comenzado (folio 8566). Sin embargo, si valoramos conjuntamente las pruebas recabadas sobre la conducta globalmente calificada como única y continuada, solo se aprecia un periodo de dos años sin pruebas de la conducta entre 2003 y 2005. En este sentido, el año 2003 fue el año en el que las anotaciones del folio 2001 sitúan el primer acuerdo entre ABH e ISMA; mientras que el año 2005 es aquel en el que las anotaciones de ese mismo folio 2001 sitúan otro acuerdo entre ABH e ISMA, a partir del cual se han recabado correos electrónicos intercambiados con mayor regularidad, y se empieza a observar un comportamiento concertado de ABH, ISMA y CONSENUR en las licitaciones públicas.

Pues bien, como recientemente ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de marzo de 2018 (recurso de casación núm. 1409/2015), la existencia de un periodo en el que no se acredite algún acto no impide la continuidad en la infracción si antes y después de ese periodo los actos responden a los mismos parámetros:

*“El comportamiento declarado probado, pone de manifiesto un plan conjunto tendente a reducir la competencia en el mercado afectado. **Que no exista constancia de reuniones desde 1995 a 2002, no implica que la reunión de 1995, con independencia de que no se llegara a acuerdos, no iniciara un comportamiento unitario en desarrollo de un plan conjunto para la restricción de la libre competencia. Las reuniones***

⁷³ Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2012, en el asunto T-439/07, *Coats Holding c. Comisión*, (pár. 144).

probadas posteriormente, responden a los mismos parámetros que la de 1995.” [Énfasis añadido]⁷⁴

Más aún cuando, como bien pone de manifiesto la DI en su PR, la propia naturaleza y dinámica competitiva de este sector hace que los clientes públicos y privados suscriban contratos con duraciones superiores a un año, lo que hace que la regularidad en los contactos necesarios para actuar de manera concertada sea esporádica.

Por lo tanto, no se puede acoger la pretensión de ABH de que ha existido un lapso de tiempo entre los diversos hechos acreditados lo suficientemente largo para impedir la calificación de la conducta como única y continuada.

Por otro lado, a juicio de CONSENUR, la DI no justifica que cada acto que integra la infracción globalmente considerada infrinja de manera individual el mismo o semejante precepto, como entiende que exige la jurisprudencia relativa a esta materia para poder calificar la infracción como única y continuada (alegaciones a la PR, folios 8569 a 8594). Sin embargo, esta alegación también debe ser rechazada dado que, en realidad, la pretendida falta de prueba de que cada acto individual que forma parte de la infracción única y continuada supone una infracción del artículo 1 LDC, guarda una relación muy estrecha con su alegación relativa a la indebida aplicación de la prueba de presunciones. Así, como ya se ha expuesto al analizar la aplicación de esta prueba de presunciones en este procedimiento, cada indicio acreditado guarda una relación de causalidad con la existencia de una infracción del artículo 1 LDC, sin que ninguna de las explicaciones alternativas ofrecidas por las empresas incoadas sea apta para desvirtuarla.

La existencia de un plan conjunto para repartirse los clientes y las actividades se pone de manifiesto por la diversidad de actuaciones complementarias llevadas

⁷⁴ En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia del TGUE, de 17 de mayo de 2013, As. T-147/09 y T-148/09, *Trelleborg Industrie, SAS, Trelleborg, AB c. Comisión*. (pár. 61):

“(…) la jurisprudencia permite a la Comisión presumir que la infracción, o la participación de una empresa en ella, no se ha interrumpido, aunque no disponga de pruebas de la infracción durante algunos períodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, apreciación ésa que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto”.

De igual modo, la reciente sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2017, en el asunto T-180/15, *Icap y otros c. Comisión* (pár. 219), ha manifestado que en casos como el actual, en los que se acredita la finalidad única del comportamiento de las empresas y en los que no existan pruebas o indicios que permitan pensar que la infracción se haya interrumpido, la conducta puede ser calificada como continuada (en términos del Reglamento de la potestad sancionadora) o “continua” (de acuerdo con la jurisprudencia de la Unión Europea) aunque no existan pruebas concretas de la infracción durante cierto periodo de tiempo. Además, esta sentencia recuerda que, en estos casos, la seguridad jurídica exige que existan “*pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas*”.

a cabo por las empresas incoadas con ese claro propósito que, como se ha expuesto previamente, han abarcado desde los contactos reiterados mantenidos entre ellas, y el hecho manifiesto de que no compitieran por la adjudicación de contratos públicos, hasta la coordinación entre las tres empresas para tratar de impedir la entrada de ADALMO en el mercado.

Todas las actuaciones de las empresas incoadas acreditadas en el apartado IV de esta resolución han contribuido a la consecución de un objetivo común y único, que era el reparto de clientes y actividades del sector de la gestión de los residuos sanitarios. Por lo tanto, en este caso, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁵, cabe exigir responsabilidad a cada una de las empresas incoadas por toda la infracción, desde el momento en que se ha acreditado que comenzaron su participación en la misma:

“158 En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 43).”

En definitiva, esta Sala considera que las empresas incoadas han participado en una infracción única y continuada con la duración que se expone a continuación.

Duración e individualización de la conducta

La DI sitúa el inicio de la infracción acreditada en el año 2003 por lo que se refiere a ABH y a ISMA, y en el año 2007 en el caso de CONSENUR.

En particular, el inicio de la imputación realizada a ABH y a ISMA se ubica en el año en el que las anotaciones recabadas en la inspección de la sede de la propia ABH (folios 2001 a 2004) fechan el primer reparto acreditado de clientes privados entre ambas, esto es, 2003, como se detalla en el apartado IV de esta resolución.

Desde ese momento, además de las propias referencias a repartos posteriores contenidos en los mismos folios 2001 a 2004, se ha acreditado la existencia de

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 junio 2015, asuntos acumulados C-293/13 P y C-294/13 P, *Fresh Del Monte Produce Inc.*

numerosas comunicaciones entre estas dos empresas, relativas a los precios y ofertas económicas, servicios a clientes y medios materiales, que demuestran la actuación concertada de las mismas sobre estas materias desde 2005 hasta 2011⁷⁶. Sirvan como ejemplo los correos electrónicos de 30 de noviembre de 2005, en el que ABH envía un correo a ISMA con precios para Son Llatzer: *“Adjunto tabla con los precios para Son Llatzer. Verás que los del gpo III y gpo II están igual. Ya hablaremos”*⁷⁷; de 16 de febrero de 2007 en el que ABH afirma: *“Hola Fernando, Adjunto los precios que puedes pasarle al Hospital Verge del Toro de Menorca”,* añadiendo *“Adjunto el precio que le he pasado a la clínica Picasso”*⁷⁸; y de 20 de febrero de 2008, en el que ABH preguntaba: *“¿Que precio te facturo por tonelada?”*, obteniendo como respuesta que: *“El precio podeis continuar facturándolo a 18 €/tn”*⁷⁹.

Además, desde 2005 la DI ha acreditado que ABH e ISMA se presentaban a las licitaciones de los contratos de gestión de residuos de centros sanitarios públicos sin competir entre ellas, es decir, no presentaban oferta para los mismos concursos.

En el caso de CONSENUR, la DI considera acreditada su participación en la infracción desde 2007, coincidiendo con el momento en que obtiene la adjudicación del contrato de gestión de residuos sanitarios del Hospital de Son Dureta, sin que ni ABH ni ISMA presentaran oferta a la licitación, además de con el momento en que esta empresa puso en funcionamiento su planta de tratamiento de residuos del Grupo III en Baleares. Desde 2007, CONSENUR optó a la adjudicación de los contratos del Hospital de Son Dureta primero, y de su sucesor Son Espases después, sin que ni ABH ni ISMA presentaran oferta para los mismos, contratando después con ABH la recogida y transporte de residuos del Hospital de Son Dureta en 2007 (folio 5596) y del Hospital de Son Espases en 2010 (folios 6487 a 6490).

Esta práctica seguida por ABH, ISMA y CONSENUR se mantuvo en todas las licitaciones convocadas por centros sanitarios públicos hasta 2012⁸⁰.

Por lo tanto, esta Sala comparte la apreciación de la DI sobre el momento en que se ha acreditado el inicio de la infracción para cada una de las empresas incoadas.

⁷⁶ Folios 7180 a 7181, 7186 a 7187, 7205 a 7206, 7229, 7234 a 7240 y 7242 a 7243), por lo que se refiere a los intercambios sobre precios y ofertas económicas; y folios 1938, 6379, 6383, 7177, 7182, 7223 a 7224 y 7228, en lo relativo al intercambio recíproco de servicios y medios materiales para sus clientes.

⁷⁷ Folios 7235 a 7239.

⁷⁸ Folio 7234.

⁷⁹ Folio 7229.

⁸⁰ El comportamiento de las empresas ante las diferentes convocatorias de licitaciones públicas entre 2005 y 2012 se acredita a través de la información remitida por las diferentes entidades sanitarias públicas, contenida en los folios 2266 a 2464, 2498 a 3566, 3577 a 3813, 3825 a 5233, 5304 a 5313 y 5536 a 5751.

Además, las empresas incoadas adoptaron medidas para tratar de impedir la entrada de ADALMO en el mercado. Con este objetivo, se ha acreditado que ABH incluyó cláusulas de tanteo en los contratos que suscribió con instituciones sanitarias privadas entre 2009 y 2010⁸¹, cuando ADALMO ya había solicitado su autorización para comenzar a operar en Baleares⁸².

Con este objetivo también se han recabado comunicaciones entre las empresas incoadas destinadas a acordar la actuación conjunta que debían seguir para tratar de impedir la entrada de ADALMO en el mercado, bien acordando la presentación de alegaciones oponiéndose a la licencia de ADALMO para la construcción de su planta, bien acordando ofertar precios predatorios, como se aprecia en el contrato suscrito por ISMA con la Clínica Juaneda en 2011, que modificaba su contrato todavía en vigor con dicha clínica, reduciendo significativamente los precios anteriores (folios 2484 a 2486).

Así, la opción por los precios predatorios puede apreciarse en el correo de 4 de noviembre de 2011 enviado por ABH a ISMA, en el que se dice que “(...) Entiendo que allí puede haber una ventaja competitiva muy importante respecto a Adalmo, pero no nos confiemos. Creo que el objetivo para los próximos 2 años es intentar que no logre ningún contrato importante, y el margen de beneficio es secundario. Es muy importante que dentro de uno o dos años haya logrado una cuota mínima de mercado (...).”

Mientras que la oposición coordinada a que ADALMO obtuviese autorización para la ampliación de su planta en Bunyola para la gestión de residuos del Grupo III se puede apreciar en las comunicaciones mantenidas entre ABH y CONSENUR en enero de 2011, en las que se intercambiaban peritajes (correo de 18 de enero de 2011, folios 1881 a 1882) y en las que se afirmaba que el “objetivo es retrasar lo máximo posible el proyecto o incluso que decidan retirarlo o sea que la consejería de medio ambiente no lo acepte” (correo de 18 de enero de 2011, folios 6507 a 6546).

Por lo que se refiere a la finalización de la conducta, esta Sala también comparte la argumentación ofrecida por la DI, que la ubica en el momento en que tuvieron lugar las inspecciones en las sedes de ABH, ISMA y CONSENUR en junio de 2012, estableciendo la salvedad relativa a la concertación entre ABH y CONSENUR, que habría terminado con la adquisición de ambas entidades por parte del grupo STERICYCLE.

⁸¹ En particular se han encontrado este tipo de cláusulas en: (i) el contrato con AURORA CLINIC de 30 de octubre de 2009 (folios 1441 a 1444), (ii) el contrato con LIADO I OLIVAR CIRUGÍA MAXILO FACIAL de 24 de septiembre de 2010 (folio 1447), (iii) el contrato con AGRUPACIÓN MÉDICA BALEAR de 11 de febrero de 2009 (folios 6293 a 6296), y (iv) el contrato con POLICLÍNICA MIRAMAR de 11 de febrero de 2009 (folio 1979).

⁸² La solicitud de esa autorización tuvo entrada en la Consejería de Medioambiente de Baleares el 19 de enero de 2007, y fue concedida el 24 de mayo de 2010 (folios 1382 a 1387).

4.3. Efectos

En este procedimiento se ha acreditado una infracción por objeto del artículo 1 LDC, lo que hace innecesario, a efectos de determinar la existencia de la infracción, el análisis de los efectos que la conducta haya podido producir en el mercado, como reitera la jurisprudencia a la que nos hemos referido a la hora de analizar si la conducta aquí sancionada era restrictiva por su objeto. Esta jurisprudencia considera innecesario el análisis de estos efectos cuando el grado de nocividad de la conducta es el suficiente para que la misma pueda considerarse una infracción por objeto⁸³.

Sin embargo, en este caso las pruebas que constan en el expediente muestran cómo la concertación entre ABH, ISMA y CONSENUR tuvo como consecuencia que estas empresas no ofrecieran bajas en sus ofertas a los concursos públicos convocados para la gestión de los residuos sanitarios en Baleares. Este efecto se puede comprobar fácilmente al analizar la evolución de las bajas presentadas en dichas licitaciones públicas, que como ya hemos indicado fueron inexistentes o insignificantes en 6 de los 12 concursos convocados en el periodo investigado anterior a la entrada de ADALMO en el mercado, alcanzando un máximo del 7,83%; mientras que tras la entrada de esta empresa en el mercado, hubo bajas en 7 de las 10 licitaciones convocadas en el periodo investigado, siendo 6 de ellas superiores al 10% y alcanzando el 55,79% en el caso de la oferta presentada por ABH a la licitación del Servicio de Salud IB GAP Mallorca en 2012.

Un efecto similar podría haberse producido en el sector privado, en el que el reparto de clientes acreditado es apto para generar, al menos potencialmente⁸⁴, una elevación en los precios.

⁸³ En este sentido se pronunciaba el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 13 de diciembre de 2012, en el asunto C-226/11, *Expedia Inc. y Autorité de la concurrence*, cuando recordaba que:

“35. (...) según reiterada jurisprudencia, de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión*, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429, y de 8 de diciembre de 2011, *KME Germany y otros/Comisión*, C-272/09 P, Rec. p. I-12789, apartado 65, y *KME Germany y otros/Comisión*, C-389/10 P, Rec. p. I-13125, apartado 75).” [Énfasis añadido]

⁸⁴ En este sentido, el Tribunal de Justicia ha establecido que los efectos potenciales sobre la competencia son suficientes para que una conducta colusoria suponga una infracción del artículo 101 TFUE. Así, en su sentencia de 28 de mayo de 1998, en el asunto C-7/95 P, *John Deere Ltd. c. Comisión*, el Tribunal de Justicia avalaba la valoración del TPI a este respecto: «El Tribunal de Primera Instancia estima que, en contra de lo que sostiene la demandante, la circunstancia de que la demandada no pueda demostrar la existencia de un efecto contrario a la competencia real resultante, en el mercado de referencia, de la práctica controvertida, efecto que hubiera podido en particular derivar del hecho de que el acuerdo, en su estructura general, está en vigor desde 1975, es irrelevante respecto a la solución del litigio, puesto que el apartado 1 del artículo 85 del Tratado prohíbe tanto los efectos reales contrarios a la competencia como los efectos puramente

4.4. Responsabilidad y sucesión empresarial

En los apartados precedentes de esta resolución se han expuesto detalladamente los elementos constitutivos de la infracción cometida por ABH, ISMA y CONSENUR que ha resultado acreditada conforme a las evidencias y elementos probatorios contenidos en el expediente.

Conforme a los hechos acreditados en el apartado IV de esta resolución, ABH, ISMA y CONSENUR se repartieron las actividades y los clientes públicos y privados relacionados con la gestión de los residuos sanitarios en Baleares entre 2003 y 2012 (entre 2007 y 2012 en el caso de CONSENUR).

Sin embargo, CONSENUR considera que tanto el PCH como la PR han omitido el juicio de culpabilidad, dado que *“mezclan constantemente las conductas de ABH, ISMA y Consenur como si todos ellos hubiesen participado en todas las conductas.”*⁸⁵

Sobre esta alegación de CONSENUR solo cabe remitirnos a lo expuesto en el apartado relativo a la infracción única y continuada, añadiendo que en la PR no se mezclaban constatemente las conductas de las tres empresas incoadas, sino que se les atribuía un objetivo común, del que se derivaba la responsabilidad de todas las empresas incoadas por las mismas, aunque no hubieran participado en el correo electrónico concreto utilizado como prueba en cada momento.

La participación exacta de CONSENUR en la infracción se recoge en el apartado IV de esta resolución, relativo a los hechos acreditados.

ISMA, por su lado, alega en su escrito de 19 de junio de 2018 (folios 8923 a 8941) la ausencia total del elemento subjetivo en lo que respecta a su imputación, toda vez que su comportamiento se explica por el funcionamiento del mercado y, además, añade que en todo caso sus contactos con el resto de empresas imputadas no predeterminaban su comportamiento en el mercado. De hecho, ISMA esgrime como prueba de la falta de culpa en su actuación, que su apariencia de legalidad era tal que esta Sala consideró lícita la actuación de ABH, ISMA y CONSENUR en su resolución de 4 de febrero de 2014.

Esta alegación que ISMA vincula con el elemento subjetivo coincide con una afirmación generalizada de las empresas incoadas, que sostienen que las comunicaciones y contactos entre ellas recogidos en el expediente obedecen a la segmentación por especialización del mercado, que les llevaba a contratarse entre sí para las actividades que no prestaban por sí mismas. En estas circunstancias, las empresas afirman que confiaban en el carácter lícito de sus

potenciales, a poco que éstos sean suficientemente significativos (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1981, Salonia, 126/80, Rec. p. 1563, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de octubre de 1991, Petrofina/Comisión, T-2/89, Rec. p. II-1087), lo cual ha sucedido en el caso de autos, habida cuenta de las características del mercado (véase, más adelante, el apartado 78).»

⁸⁵ Folios 8575 y 8576.

comunicaciones y contratos, dado que los consideraban necesarios para la correcta prestación de los servicios integrales de gestión de residuos sanitarios.

Sin embargo, lo que se juzga aquí no es la prestación de servicios que las empresas incoadas contrataban entre sí, sino la concertación entre ellas para repartirse los clientes y para no competir por los contratos integrales que ofertaban tanto los centros sanitarios públicos como los privados. Y las comunicaciones incorporadas en el expediente acreditan que las empresas incoadas acordaban los precios que solo una de ellas ofertaría para un contrato integral determinado. Para ello, estas empresas pactaban los precios a los que la adjudicataria del contrato tendría que subcontratar los servicios prestados por las demás, necesarios para cubrir todas las necesidades de la gestión integral. Por lo tanto, no cabe apreciar la posible confusión de las empresas incoadas en cuanto a la licitud de sus actos.

Por lo tanto, el elemento subjetivo concurre en este caso, toda vez que las empresas incoadas, tal y como exige la jurisprudencia, no podían ignorar que su conducta era ilícita, aunque no conocieran exactamente la tipificación jurídica de tal conducta:

“156 Por lo que respecta a la cuestión de si las infracciones se cometieron deliberadamente o por negligencia y de si, por tanto, pueden sancionarse con una multa de conformidad con el artículo 15, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento nº 17 o del artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que este requisito se cumple cuando la empresa de que se trata no pueda ignorar que su conducta es contraria a la competencia, tenga o no conciencia de estar infringiendo las normas de competencia del Tratado (véase la sentencia Deutsche Telekom/Comisión, EU:C:2010:603, apartado 124 y jurisprudencia citada).”⁸⁶ [Énfasis añadido]

En este caso, además, una de las empresas incoadas ya había sido sancionada previamente por conductas similares en el mismo sector de la gestión de residuos sanitarios. Así, CONSENUR fue sancionada mediante resolución de 18 de enero de 2010, adoptada en el *expte. S/0014/07, Gestión de Residuos Sanitarios*, por haber participado en acuerdos para concurrir a las licitaciones públicas en UTE en Cataluña, Valencia y Castilla-La Mancha y Aragón, sin que hubiera demostrado la necesidad objetiva de la misma, así como por la presentación de forma selectiva o con ofertas de acompañamiento a las licitaciones públicas, de manera coordinada⁸⁷.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de julio de 2014, en al *Asunto C 295/12 P, Telefónica contra Comisión*.

⁸⁷ Esta resolución fue confirmada, excepto en lo relativo a la cuantía de la multa, mediante sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2012 (núm. de recurso 180/2010).

Contra esta sentencia de la Audiencia Nacional, CONSENUR interpuso recurso de casación, que fue desestimado mediante sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2015 (núm. de recurso de casación 228/2013).

Asimismo, esta Sala de Competencia considera que el expediente contiene suficientes evidencias y elementos probatorios para acreditar la efectiva comisión por las entidades incoadas de la conducta que se les imputa, conforme a la delimitación hecha en el apartado IV de esta resolución.

En definitiva, las conductas infractoras descritas en el apartado relativo a los hechos acreditados son atribuibles a las tres empresas que participaron en los mismos, esto es, a ABH, ISMA y CONSENUR.

Sin embargo, con posterioridad a la resolución de 4 de febrero de 2014, CONSENUR y ABH se extinguieron tras ser absorbidas por SRCL CONSENUR S.L., según se recoge en el BORME de Madrid de 25 de mayo de 2015⁸⁸ y en el de Illes Balears de 10 de junio de 2015⁸⁹. Tras esta operación societaria, el negocio de ABH y de CONSENUR pervive a día de hoy en SRCL CONSENUR, S.L., como afirma la propia SRCL CONSENUR en su escrito de respuesta al requerimiento de información de 27 de junio de 2018 (folios 8998 a 9000).

En estas circunstancias, en las que la persona jurídica que cometió la infracción ha dejado de existir, la jurisprudencia ha reconocido que procede modular el principio de responsabilidad personal por medio de la doctrina de la continuidad económica, trasladando la responsabilidad a la empresa adquirente que la suceda en su actividad, como ocurre en este caso⁹⁰. Así lo recuerda la sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014, en el *asunto C-434/13P, Comisión c. Parker Hannifin*, párrafos 39 y ss.:

“39. Según jurisprudencia reiterada, el Derecho de la Unión en materia de competencia tiene por objeto las actividades de las empresas, y el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación. Cuando una entidad de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esta infracción (véase, en particular, la sentencia Versalis/Comisión, C-511/11, apartado 51 y jurisprudencia citada).

⁸⁸ BORME A-2015-96-28.

⁸⁹ BORME A-2015-107-07.

⁹⁰ Así se ha reconocido en diversos asuntos analizados por el TJUE: C-40/73, Suiker Unie; C-49/92P Anic Participazioni, C 29/83, Compagnie Royale Asturienne des Mines, SA, C-204/00 y otros P Alborg Portland; Asuntos TGUE T-6/89 Enichem, T-134/1994 NMH Stahlwerke, T-348/08, Aragonesas Industrias y Energij, SAU v Commission, and T-349/08, Uralita SA v Commission.

En similares términos, la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2013 (núm. de recurso 48/2012) en el ámbito del Expte. S/0251/10 Envases Hortofrutícolas, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015 (recurso de casación núm. 1973/2014).

Asimismo, entre otras, resoluciones de la CNMC de 28 de mayo de 2015 (Expte. S/0471/13 AUDI/SEAT/VW), de 28 de abril de 2016 (Expte. S/DC/DC/0505/14 Concesionarios CHEVROLET) y de 26 de mayo de 2016 (Expte. S/DC/0504/14 AIO).

40. El Tribunal de Justicia ha señalado que, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades. En efecto, si las empresas pudieran eludir las sanciones simplemente por el hecho de que su identidad se hubiese visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo, se pondría en peligro el objetivo de reprimir los comportamientos contrarios a las normas sobre competencia y de impedir su repetición por medio de sanciones disuasivas (sentencia ETI y otros, apartados 41 y 42 y jurisprudencia citada).”

Y, en la sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 2007, en el asunto C-280/06, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Ente tabacchi italiani — ETI SpA, y otros*, se reconoce expresamente como supuesto en el que aplica la teoría de la continuidad económica, aquél en el que la empresa infractora ha dejado de existir tras transferir su actividad a otra entidad:

“40. Por lo que se refiere a la cuestión de determinar en qué circunstancias una entidad que no es la autora de la infracción puede, sin embargo, ser sancionada por ella, procede observar, en primer lugar, que está comprendida dentro de ese supuesto la situación en la que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 145) o económicamente. Sobre este último aspecto, procede considerar que existe el riesgo de que una sanción impuesta a una empresa que continúa existiendo jurídicamente, pero que ya no ejerce actividades económicas, pueda carecer de efecto disuasivo.” [Énfasis añadido]

En términos similares, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 16 de diciembre de 2015, afirmaba que:

“(…) el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas. La modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad dependerá de que se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial entre las empresas sucesivas, pero no necesariamente por el mero hecho de que haya habido una reorganización, un cambio de nominación o la adquisición de la empresa por otra, esto es, por un cambio de titularidad. Otra cosa conduciría, como aduce con razón el Abogado del Estado, a la elusión discrecional de responsabilidades por parte de una sociedad mercantil procediendo a cualquiera de las citadas modificaciones.”

Por lo tanto, aunque ABH, ISMA y CONSENUR son las empresas que han cometido la infracción, según se ha recogido a lo largo de esta resolución, la responsabilidad de ABH y CONSENUR debe ser asumida por SRCL CONSENUR, dado que las primeras han dejado de existir tras ser adquiridas por esta última que, además, continúa la actividad de las primeras, tal y como reconoce la propia SRCL CONSENUR en su escrito de alegaciones al acuerdo de requerimiento de información antes mencionado.

QUINTO. OTRAS ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y CUESTIONES PLANTEADAS EN FASE DE RESOLUCIÓN

5.1. Sobre las presuntas extralimitaciones de las inspecciones llevadas a cabo en las sedes de ISMA y de ABH

En sus alegaciones a la PR, ISMA (folio 8631) y ABH (folio 8561) denuncian irregularidades en las inspecciones llevadas a cabo en sus sedes los días 6 y 7 de junio de 2012.

En primer lugar, ISMA afirma que durante la inspección de su domicilio social la DI recabó cuatro correos electrónicos en la cuenta personal de [...] *[apoderado de ISMA]* que habrían conculcado el derecho de [...] *[apoderado de ISMA]* al secreto de las comunicaciones recogido en el artículo 18.3 de la Constitución Española (CE).

Sobre esta cuestión, cabe destacar en primer lugar, que mediante esta alegación, ISMA está invocando la violación de derechos fundamentales personalísimos del [...] *[apoderado de ISMA]*, cuando únicamente éste los puede hacer valer.

En todo caso, con independencia de a quién corresponda la titularidad del derecho invocado, los correos electrónicos controvertidos se encuentran incorporados al expediente en los folios 2159 a 2173 y 2191 a 2192, y su propio contenido evidencia la relación indiscutible entre los mismos y la actividad de ISMA, dado que a través de estos correos ISMA intercambiaba con ABH contratos y otra documentación relacionada con la gestión de los residuos sanitarios en Baleares. También la dirección de correo de la cuenta a la que alude ISMA calificándola como personal del [...] *[apoderado de ISMA]*, contiene en su denominación el nombre de la propia empresa. Así, dicha cuenta de correo descrita como personal del [...] *[apoderado de ISMA]* tenía como dirección “[...]”, mientras que su dirección de correo corporativo era [...].

Por lo tanto, son el propio contenido y la dirección de la cuenta de correo electrónico, ambos referidos a la actividad comercial de la empresa, los que hacen que estos correos estén incluidos en el objeto de la orden de investigación y del auto judicial que autorizaba la entrada en el domicilio de ISMA.

En este sentido, la orden de investigación determinaba por remisión del auto judicial y en aplicación del artículo 40 LDC⁹¹, los términos en los que se autorizaba la entrada en el domicilio de ISMA (folios 1452 a 1455). En particular, esta orden de investigación establecía que las actuaciones de los inspectores se dirigieran a, entre otros (folio 1457), “*b) Verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material. c) Hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos*”. Y con este propósito se preveía que las actuaciones a realizar durante la inspección podrían abarcar (folio 1458):

- “- *La inspección del registro de comunicaciones internas.*
- *La inspección del registro de comunicaciones externas, incluido el libro de “faxes” y la correspondencia comercial.*
- *La inspección de las agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa.*
- *La inspección de los archivos físicos e informáticos.*
- *La inspección de ordenadores personales.*
- *La inspección del Libro de Actas del Consejo o de los órganos directivos.*
- *La inspección de los documentos contractuales.*”

Por lo tanto, dado que la cuenta de correo electrónico inspeccionada se utilizaba para la actividad empresarial de ISMA, el acceso a la misma estaba amparado por la referida autorización judicial.

En todo caso, aun en el supuesto de que la orden de investigación y el auto judicial no cubrieran la inspección de dichos correos electrónicos, el acceso a la cuenta en la que se recabaron fue facilitado por el propio [...] [*apoderado de ISMA*], como se desprende de los párrafos (44) a (46) del acta de la inspección (folios 1466 a 1467), por lo que la DI habría adoptado las medidas necesarias para preservar los derechos fundamentales de [...] [*apoderado de ISMA*]. A este respecto, no cabe acoger la alegación de ISMA que pone en cuestión la veracidad del acta de inspección en lo relativo a la entrega voluntaria de las claves de acceso a la mencionada cuenta de correo electrónico ([...]), dado que no aporta ninguna prueba de que dicha entrega no hubiera sido voluntaria, y esa supuesta falta de voluntariedad tampoco se desprende de la descripción de los hechos que ISMA recoge en sus manifestaciones al acta de la inspección. En todo caso, cabe recordar que los funcionarios de la DI que realizaron la inspección tenían, en el momento de la misma, la condición de agentes de la autoridad (de acuerdo con el artículo 40 LDC⁹²), y que el acta por ellos levantada

⁹¹ Vigente en el momento de la inspección.

⁹² Este artículo estaba en vigor en el momento de la inspección realizada en la sede de ISMA a la que nos venimos refiriendo en esta resolución. En términos similares, el artículo 27 LCNMC actualmente vigente, regula las facultades de inspección del personal de la CNMC.

(y firmada por el [...] [apoderado de ISMA]) goza de valor probatorio (artículo 13 RDC).

Por lo tanto, esta Sala de Competencia rechaza que la DI haya conculcado derechos fundamentales de [...] [apoderado de ISMA], al acceder durante la inspección de la sede de ISMA, a correos electrónicos relacionados con la actividad de la empresa, pero contenidos en una cuenta webmail a la que accedió el propio [...] [apoderado de ISMA] en presencia del equipo inspector.

En segundo lugar, ABH cuestiona la validez como prueba de cargo de las anotaciones manuscritas recabadas durante la inspección de su sede (folios 2001 a 2004) debido a que fueron recabadas en un despacho que no estaba arrendado a ABH sino a otra empresa llamada MAYO 99, S.L.

Sin embargo, como se recoge en el acta de la inspección (folios 1483 a 1494), los representantes legales de ABH no advirtieron a los inspectores de que un despacho de su sede no pertenecía a ABH ni de que estaba siendo utilizado por otra empresa para el desarrollo de su actividad.

De hecho, como también se constata en el acta de la inspección, los miembros del equipo inspector recabaron la información de los despachos que fueron señalados por ABH como aquéllos donde los miembros de esta empresa ejercían su actividad.

Además, el propio contenido de las anotaciones recabadas demuestra que las mismas se refieren a la actividad de ABH y no a las de otra empresa.

En este sentido, el Tribunal Supremo recordaba en su sentencia de 21 de marzo de 2017 (recurso de casación núm. 613/2016), que el domicilio de las personas jurídicas constitucionalmente protegido por el artículo 18.2 CE “(...) sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que [las sociedades mercantiles] puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros».”

En el caso del despacho situado dentro de la sede de ABH en el que se recabaron las mencionadas anotaciones, se puede constatar fácilmente que no constituía un espacio aislado e innaccesible para ABH, así como que era utilizado por la propia ABH para almacenar documentación relacionada con su propia actividad.

En estas circunstancias la misma sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2017 afirmaba que:

“(...) no concurren las notas que caracterizan la condición de domicilio constitucionalmente protegido en el despacho arrendado por Fhisa a Fhisastur S.L., por más que fuera su sede social. Como declara en los hechos probados la sentencia recurrida, aquel despacho constituye un

pequeño reducto situado en el interior del local donde tiene su sede la empresa inspeccionada, Fhisa, del que no se ha acreditado más que su destino al servicio de Fhisa, y desde luego, se ha constatado que no es un espacio del que la arrendataria, Fhisastur haya constituido un espacio cerrado y con exclusión de terceros, para tener la custodia de su documentación y desarrollar en el mismo los aspectos propios de su gestión societaria o mercantil.”

Por lo tanto, dado que ABH no indicó en ningún momento que el despacho en el que se recabaron las anotaciones perteneciera a otra empresa, y dado que las anotaciones recabadas se refieren a la actividad de ABH, esta Sala no puede acoger la pretensión de ABH de que las citadas anotaciones sean excluidas del expediente.

5.2. Sobre la solicitud de confidencialidad

Tanto ISMA como SRCL CONSENUR han solicitado la confidencialidad de determinada información aportada en respuesta al requerimiento de información formulado por esta Sala mediante su acuerdo de 5 de junio de 2018 (folios 8857 a 8860):

- ISMA solicita la confidencialidad de los datos que aporta relativos a su volumen de negocios proveniente de diversas actividades, así como respecto a su volumen de negocios total de 2017 (folios 8923 a 8941). A tales efectos aporta como anexo, escrito de alegaciones en versión censurada (folios 8942 a 8959).
- SRCL CONSENUR, en similares términos, solicita la confidencialidad de datos relacionados con su volumen de negocios, incluido el volumen de negocios total de 2017 (folios 8998 a 9000). A tales efectos también aporta versión no confidencial del mismo escrito (folios 9001 a 9003).

En aplicación del artículo 42 LDC, se declara confidencial la información solicitada por ISMA y por SRCL CONSENUR, a excepción de aquella relativa al volumen de negocios total de las empresas correspondiente al año 2017 al ser éste un dato público, que consta em las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil.

SEXTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

6.1. Consideraciones previas

La determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, iniciada con la sentencia de 29 de enero de 2015⁹³, y que son en esencia los siguientes:

⁹³ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”*. *“Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”*
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen”*.

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

6.2 Criterios para la determinación de la sanción: valoración general de la conducta

La conducta analizada constituye de una infracción única y continuada del artículo 1 LDC, consistente en el reparto de actividades y clientes públicos y privados, la concertación de precios y el intercambio de recursos e información comercial sensible, así como coordinación para intentar eliminar la competencia de ADALMO.

Se trata, por tanto, de una infracción muy grave (art. 62.4.a de la LDC) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2017.

A este respecto, el artículo 63.1.c LDC es claro al referirse al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*. En este caso, dicho ejercicio es, indubitadamente, el correspondiente a 2017, toda vez que es en 2018 cuando se sanciona la

conducta descrita en esta resolución, y así se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo en cuya ejecución se dicta esta resolución, que ordena la retroacción de actuaciones al momento anterior al de la adopción de la resolución de archivo que anula.

La claridad del precepto citado en cuanto a su referencia temporal ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo que, entre otras, en su sentencia de 9 de febrero de 2015 (recurso de casación núm. 1531/2013), afirmaba que el momento temporal indicado por el mismo no planteaba problema interpretativo alguno:

“Como bien afirma el tribunal de instancia, no hay problemas respecto al elemento temporal de aquella magnitud, dada la claridad del precepto en este punto: el año o ejercicio de referencia es el inmediatamente anterior a aquel en que se dicta la resolución sancionadora.”

Además, es el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la sanción el que permite revelar más fielmente la capacidad de pago de las empresas sancionadas y la incidencia que la eventual sanción puede tener en ellas. La relevancia de la capacidad de pago de las empresas a la hora de cuantificar las sanciones que pudieran corresponderles fue puesta de manifiesto el Tribunal Supremo a la hora de interpretar la referencia al “*volumen de negocios*” contenida en el mismo artículo 63.1 LDC:

“El volumen o cifra de negocios (o de facturación, o de ventas) es un dato o indicador contable que revela, repetimos, la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, permite calcular a priori la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él.”⁹⁴

Por lo tanto, en contra de lo alegado por ISMA y por SRCL CONSENUR en sus escritos de 19 de junio de 2018 (folios 8923 a 8959) y de 27 de junio de 2018 (folios 8998 a 9003), respectivamente, esta Sala considera que el volumen de negocios total que debe tomarse para el cálculo de las sanciones es el de 2017.

Por otro lado, como ya se ha puesto de manifiesto previamente en esta resolución, SRCL CONSENUR absorbió a CONSENUR y ABH en el año 2015 por lo que, de acuerdo con el apartado 4.4 de esta resolución, es SRCL CONSENUR quien asume la responsabilidad de aquellas.

De acuerdo con lo anterior, para el cálculo de la sanción de SRCL CONSENUR se partirá del volumen de negocios total de dicha empresa en 2017, calculándose una única sanción, todo ello sin perjuicio de tener debidamente en cuenta las cuotas de participación en la conducta de ABH y CONSENUR, en el momento de la valoración individual de la conducta.

La facturación de las empresas infractoras, relativa al año 2017, es la siguiente:

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2015 (recurso de casación núm. 1531/2013).

Empresas infractoras	Volumen de negocios total en 2017 (€)
ISMA	22.282.732
SRCL CONSEUR	35.455.731

El porcentaje sancionador, que se aplicará en el presente expediente al volumen de negocios total de cada empresa infractora, debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo mencionados en el apartado anterior.

En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), la conducta ha tenido lugar en el mercado de gestión de residuos sanitarios, en particular, el transporte, almacenamiento y tratamiento de estos residuos.

El mercado geográfico afectado por la infracción es el de las Illes Balears (art. 64.1.c), por lo que se trata de un ámbito reducido.

La duración de la conducta (art. 64.1.d) abarca desde al menos 2003 hasta junio de 2012, es decir, más de nueve años.

Como se ha explicado en el fundamento de derecho cuarto, ha quedado acreditada la existencia de efectos en el mercado (art. 64.1.e), ya que hay constancia de que la concertación de las empresas sancionadas hizo que éstas no ofrecieran bajas en sus ofertas para los concursos públicos convocados en las Illes Balears. Este mismo efecto podría haber existido también en el sector privado.

Como consecuencia de los acuerdos entre empresas, se han encarecido los servicios licitados con el consecuente perjuicio para las arcas públicas, debido a la reducción tanto del número de ofertas presentadas como de los descuentos ofertados.

Los anteriores criterios permiten realizar una valoración general de la infracción de cara a su sanción que se traduce en un tipo sancionador general del 4%.

6.3 Criterios para la valoración individual de la conducta

En cuanto a la valoración de la conducta de cada empresa, conviene tener en cuenta varios factores adicionales para que la sanción refleje su efectiva participación en la infracción.

La duración de la conducta (art. 64.1.d) abarca desde 2003 hasta junio de 2012 para ABH e ISMA y desde 2007 hasta junio de 2012 en el caso de CONSEUR.

En cuanto a la efectiva dimensión del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a), la tabla siguiente recoge el volumen de negocios de cada una en el mercado afectado (VNMA) durante el tiempo que tuvieron lugar sus infracciones, así como su cuota de participación en la conducta, de acuerdo con la información que ha sido aportada por las partes.

Empresa		Volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA, €)		% sobre el VNMA total
ISMA		5.913.342		17,1%
SCRL CONSEUR	ABH	20.703.202	28.677.153	82,9%
	CONSEUR	7.973.951		

La individualización del tipo sancionador en el caso de ABH y CONSEUR se realiza de forma conjunta, sumando el VNMA de ambas empresas y calculando la cuota de participación como si de una sola se tratase. Dado que la base sobre la que se debe aplicar el tipo sancionador es el volumen de negocios total de SCRL CONSEUR en 2017, esta es la forma de determinar la multa más beneficiosa para la empresa.

Por último, no se ha apreciado la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes previstas en los artículos 64.2 y 64.3 para ninguna de las entidades infractoras.

6.4 Tipo sancionador y adecuación de la sanción

Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad y duración de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, ámbito geográfico de la conducta, participación de las infractoras en la conducta– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de las empresas.

El tipo sancionador que corresponde aplicar a cada empresa infractora, de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta y con su respectiva participación en ella, se muestra en la tabla siguiente:

Empresas	Tipo sancionador (% del volumen de negocios total)
ISMA	4,6%
SRCL CONSEUR	7,5%

Ahora bien, aunque el tipo sancionador sea proporcionado a las características de la conducta colusoria y a la participación de una empresa en la infracción, si se aplica al volumen de negocios total de empresas multiproducto –es decir

empresas que presentan una elevada proporción de su actividad fuera del mercado afectado– podría resultar una sanción desproporcionada.

Para valorar el elemento proporcionalidad de las sanciones es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes, y aplicarle un factor de disuasión⁹⁵. Sin embargo, el límite de proporcionalidad estimado para cada infractora es superior a la sanción en euros que se deriva de sus respectivos tipos sancionadores, recogidos en la tabla anterior. En consecuencia, no procede realizar ningún ajuste sobre estas sanciones, adecuadas a la gravedad y características de la infracción ella.

Por tanto, las sanciones que corresponde imponer a son las siguientes:

Empresas	Sanción (€)
ISMA	1.025.006
SRCL CONSENUR	2.659.180

De acuerdo con todo lo anterior, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

Primero. Declarar acreditada una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en los términos expuestos en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución.

Segundo. Declarar responsables de la citada infracción a las siguientes entidades:

- ISMA 2000, S.L., por su participación en la conducta desde al menos 2003 hasta la realización de las inspecciones en las sedes de ABH, ISMA y CONSENUR en junio de 2012.
- SRCL CONSENUR, S.L., por la participación en la conducta de las empresas por ella absorbidas y extinguidas, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho cuarto:

⁹⁵ Cuando es posible, los valores de los parámetros utilizados se basan en datos de las propias empresas infractoras, o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante como la base de datos de las ratios sectoriales de sociedades no financieras del Banco de España.

- a. Anglo Balear de Servicios e Higiene, S.L. (ABH), desde al menos 2003 y hasta la realización de las inspecciones en las sedes de ABH, ISMA y CONSENUR en junio de 2012.
- b. Consenur, S.A. (CONSENUR), desde al menos 2007 y hasta la realización de las inspecciones en las sedes de ABH, ISMA y CONSENUR en junio de 2012.

Tercero. Imponer a las empresas responsables de la infracción las siguientes multas:

- ISMA 2000, S.L.: **1.025.006 euros**
- SRCL CONSENUR, S.L., como responsable de las conductas de las extintas ANGLOBALEAR DE SERVICIOS E HIGIENE, S.L. y CONSENUR, S.A.: **2.659.180 euros**

Cuarto. Intimar a las empresas infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente resolución.

Quinto. Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Sexto. Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el fundamento de derecho quinto de esta resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.