

Resolución

(Expte. S/0014/07. Gestión de Residuos Sanitarios)

Consejo:

Sres.:

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuervo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera

En Madrid, a 18 de enero 2010.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera D^a María Jesús González López, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador S/0014/07 “Gestión de Residuos Sanitarios”, incoado por la Dirección de Investigación con fecha 13 de febrero de 2008, contra diversa empresas del sector de gestión de residuos sanitarios, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 4 de mayo de 2009 se recibió en el Consejo de la CNC propuesta de resolución de la Dirección de Investigación (DI) en relación con el expediente S/0014/07 “Gestión Residuos Sanitarios”, en el que propone sancionar a las empresas CESPAS GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.; CONSENUR, S.A., e INTERLUN, S.L. por la realización de prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC. Asimismo propone el sobreseimiento parcial del expediente en relación con las actuaciones de SISTEMAS INTEGRALES SANITARIOS, por considerar que la posible participación en la infracción no está suficientemente acreditada.

2. El presente expediente trae causa de la denuncia presentada el 11 de octubre de 2007 por ANDALUZA DE TRATAMIENTOS DE LA HIGIENE, S.A. (en adelante ATHISA) contra CESPAS, GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A.; CONSENUR, S.A.; y SISTEMAS INTEGRALES SANITARIOS, todas ellas empresas de gestión de residuos sanitarios.

En el marco de una información reservada, con fecha 7 de febrero de 2008, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.2 de la LDC, la DI llevo a cabo una investigación domiciliaria en las sedes de las empresas CESPAS y CONSENUR.

3. A la vista de los indicios de infracción de la LDC, el 13 de febrero de 2008 la Dirección de Investigación (DI) acordó la incoación del presente expediente sancionador S/0014/07, contra CESPAS GESTION DE RESIDUOS, S.A (en adelante, CESPAS); CONSENUR, S.A. (en adelante, CONSENUR) y SISTEMAS INTEGRALES SANITARIOS (en adelante, SIS), ampliando la incoación el 8 de octubre de 2008 contra INTERLUN, S.L. (en adelante INTERLUN).
4. Por Resolución de 9 de mayo de 2008, en el expediente MC/0001/08, el Consejo, a petición del denunciante y a propuesta de la DI, acordó la adopción de medidas cautelares para dejar sin efecto, durante el periodo de tramitación del expediente, el pacto de no competencia, nº 24 del Protocolo firmado el 27 de febrero de 1998, entre los Señores XX-XX y CESPAS, en el marco de la compraventa de la sociedad ATHISA-2RBE, por el cual los primeros, vendedores de la empresa, se comprometían a no competir en los mercados de gestión de residuos sanitarios y biosanitarios con la nueva empresa, ECOCLINIC, durante un periodo de cinco años contados partir de la pérdida de la condición de socios de la misma.
5. Con fecha de 24 de noviembre de 2008 la DI notificó a los interesados el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), previsto en el artículo 50.3 de la LDC, con las siguientes imputaciones:

6. Conclusión

Por ello, a la vista de lo expuesto y a reserva de lo que, en su momento, decida el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, esta Dirección de Investigación entiende que han quedado acreditadas las siguientes infracciones al artículo 1 LDC:

- a) *Por parte de la empresa CESPAS, la aplicación de un pacto de no competencia de excesiva duración y fecha de inicio indeterminada, con el objeto de excluir del mercado a un competidor potencial, ATHISA.*
- b) *Por parte de las empresas CESPAS y CONSENUR, la conclusión de tres pactos para la formación de otras tantas uniones temporales de empresas, con el efecto de anular la competencia en Castilla – La Mancha y reducirla en la Comunidad Valenciana y en Cataluña.*
- c) *Por parte de las empresas CONSENUR y SIS, la conclusión de un pacto para la formación de una unión temporal de empresas con el efecto de anular la competencia en Aragón.*

- d) *Por parte de las empresas CONSENUR e INTERLUN, el mantenimiento de una práctica concertada con el objeto y efecto de restringir la competencia en Extremadura.*
- e) *Por parte de las empresas CESPAS, CONSENUR y SIS, el intercambio de información sensible de mercado.*
- f) *Por parte de las empresas CESPAS, CONSENUR y SIS el mantenimiento de una práctica concertada para el reparto de los distintos segmentos del mercado nacional de gestión de residuos sanitarios desde, al menos, el año 1994 hasta la fecha."*

Los interesados presentaron las alegaciones y propusieron las pruebas que consideraron pertinentes.

Con fecha de 18 de diciembre de 2008, y al objeto de practicar las pruebas propuestas por CESPAS, la Directora de Investigación, haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 37.1 b) de la LDC, acordó la suspensión del plazo máximo de resolución de los procedimientos, previsto en el artículo 36.1 de la LDC. Una vez concluida la práctica de prueba, con fecha 10 de marzo de 2009 se reanudó el cómputo del plazo.

6. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33.1 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), el 7 de abril de 2009, la DI procedió al cierre de la fase de instrucción y, con fecha 13 de abril de 2009 notificó a las partes la Propuesta de Resolución (PR), dándoles plazo para formular alegaciones y, en su caso, proponer al Consejo la práctica de pruebas y actuaciones complementarias así como la celebración de Vista.

El 4 de mayo de 2009 la DI elevó al Consejo de la CNC el informe previsto en el artículo 50.5 de la LDC, incluida la siguiente propuesta de resolución:

Primero: *Que declare acreditada la existencia de las siguientes prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007:*

- *Por parte de la empresa CESPAS, la aplicación de un pacto de no competencia de excesiva duración y fecha de inicio indeterminada, con el objeto de excluir del mercado a un competidor potencial, ATHISA.*
- *Por parte de las empresas CESPAS y CONSENUR, la conclusión de convenios para la formación de uniones temporales de empresas, con el objeto y el efecto de anular la competencia en las Comunidades de Castilla – La Mancha, reducirla en la Comunidad Valenciana y mantener el reparto de clientes en Cataluña.*
- *Por parte de las empresas CESPAS y CONSENUR el mantenimiento de una práctica concertada continuada en el mercado nacional de gestión de residuos sanitarios instrumentada mediante una frecuente comunicación estratégica y el intercambio de información sensible, y materializada en:*
 - o *Un reparto de los clientes en la Comunidad de Cataluña.*

o La formación de las mencionadas uniones temporales de empresas, que si bien son de por sí contrarias al artículo 1 LDC, suponen además una manifestación del reparto de mercado en las regiones afectadas.

o La restricción consciente de la competencia entre ambas, absteniéndose CONSENUR de actuar en las Comunidades Autónomas de Andalucía y La Rioja, y CESPA en Galicia, Castilla y León, País Vasco, Aragón, Murcia, Baleares, Canarias y Extremadura.

o El reparto de los lotes de los concursos de la Comunidad de Madrid en los años 2003 y 2007.

▪ Por parte de las empresas CONSENUR e INTERLUN, el mantenimiento de una práctica concertada con el objeto y efecto de restringir la competencia en Extremadura.

Segundo: Que declare no suficientemente acreditada la participación de la denunciada SIS en el reparto de mercado anteriormente descrito, así como no contraria al artículo 1 LDC la creación de la UTE entre CONSENUR y SIS en Aragón, y que por tanto resuelva el sobreseimiento parcial del expediente respecto a SIS.

Tercero: Que las conductas descritas en el apartado primero se tipifiquen, a los efectos de la determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave, de acuerdo con el artículo 62.4 a) LDC.

Cuarto: Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la Ley 15/2007, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007 y en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, de 6 de febrero de 2009.

A los efectos de imposición de la sanción, la D.I. considera deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

▪ Las cuotas de mercado de las empresas imputadas en el año 2007, basadas en las facturaciones de las empresas por gestión de residuos sanitarios, son del 42,59% para CONSENUR, 26,58% para CESPA y 3,59% para INTERLUN.

▪ La práctica de reparto de mercado entre CESPA y CONSENUR se viene produciendo desde, aproximadamente, el año 1994 y hasta al menos el año 2007, inclusive, extendiéndose sus efectos hasta la actualidad.

▪ La concertación anticompetitiva entre INTERLUN y CONSENUR se puede remontar al año 2000, y sus efectos se extienden hasta la actualidad.

▪ Con respecto a INTERLUN, la menor cuota de mercado de la empresa y el menor alcance de la infracción, que no afecta a la totalidad del mercado nacional. De igual modo, se destaca que INTERLUN ha evidenciado desde 2007 su voluntad de competir en el mercado nacional, mediante su concurrencia frente a CESPA y CONSENUR en concursos públicos.

7. Todas las partes interesadas en el expediente han realizado las alegaciones al Informe Propuesta de la DI que consideraron oportunas proponiendo las pruebas que estimaron pertinentes:

a. La denunciante, ATHISA, que no había presentado alegaciones al PCH, en escrito de 29 de abril de 2009, se muestra de acuerdo con la propuesta y en apoyo del efecto restrictivo del pacto de no competencia propone como prueba documental complementaria los siguientes escritos que aporta:

Documento nº 1: Carta de CESPA a ATHISA (dirigido a D. XXX) de 21 de Noviembre de 2005, para que se abstengan de concurrir a licitaciones.

Documento nº 1.Bis.- Carta de 12 de enero de 2006 de ATHISA a CESPA (dirigido a D. XXX), contestando a la carta de 21 de noviembre de 2005, y rechazando los términos de la misma y advirtiendo que *“una carta en los términos de la que ahora contestamos constituye por si sola una actuación contraria a la libre competencia, que puede dar lugar al ejercicio por parte de ATHISA de las correspondientes acciones. Por ello, les requerimos formalmente para que en lo sucesivo se abstengan de requerir a esta sociedad en semejantes términos”*.

Documento nº 2.- De 21 de mayo de 2007, nuevo escrito de CESPA a ATHISA comunicando anulación del laudo y requiriéndole cumpla el pacto de no competencia y advirtiendo que reclamarán las cantidades pactadas por incumplimiento.

Documento nº 3.- Acta notarial de fecha 20 de junio de 2007 que recoge el pacto y que, según ATHISA, CESPA remite a sus clientes de Andalucía.

- b. SISTEMAS INTEGRALES SANITARIOS, en escrito de 30 de abril de 2009 acepta el contenido de dicha Propuesta de Resolución, y en consecuencia, no estima necesario formular alegaciones al respecto, renunciando tanto a proponer práctica de pruebas o actuaciones complementarias ante el Consejo, como a solicitar celebración de Vista.
- c. INTERLUN, S.L, en escrito con registro de entrada del 4 de mayo de 2009, solicita se declare el sobreseimiento y se acuerde la celebración de Vista, y propone la práctica de la siguiente prueba:

“Que se requiera a la Mercantil CONSENU, a fin de que aporte al presente expediente, cualquier tipo de documento expedido por dicha empresa que facilite la actividad del Sr. XX o empresas de su titularidad en el mercado de residuos sanitarios”.
- d. CESPA, en escrito de 4 de mayo de 2009, tras reiterar las alegaciones remitidas en su día al PCH formula las alegaciones a la Propuesta de Resolución de la DI que en derecho le corresponden y de acuerdo con el artículo 51 de la LDC y 34.1 del RDC propone, la celebración de Vista al objeto de exponer directamente sus argumentos ante el Pleno del Consejo y para acreditar las alegaciones realizadas, las siguientes pruebas:
 - a) - *Declaración testifical de D. XXX, en los mismos términos en que fue propuesta en la Contestación al Pliego de Concreción de Hechos.*
 - b) - *Incorporación al expediente de los documentos que se acompañan al presente escrito de alegaciones. Anexo 1 El grupo AmbiMed. (Febrero de 2006).*
- e. CONSENU, en escrito de 5 de mayo de 2009 realiza las alegaciones a la propuesta de Resolución de la DI que en derecho le conviene.

En apoyo de las alegaciones remite una serie de documentos y solicita la confidencialidad sobre dos de ellos (documentos anexos 3 y 4 a su escrito).

Asimismo, y con la finalidad explicada en las mismas, propone se practiquen las siguientes pruebas y actuaciones complementarias:

- a) *Para confirmar que, durante la Inspección, no se utilizaron palabras clave ni otros criterios objetivos y proporcionados para seleccionar los documentos que habrían de ser copiados por la Dirección de Investigación, esta parte solicita se llame a declarar a los funcionarios que participaron en dicha Inspección y se les pregunte expresamente por este punto.*
- b) *Para confirmar que la DI realizó copias en su servidor interno de los discos grabados durante la Inspección y para determinar quién ha podido tener acceso a dichas copias, esta parte solicita se llame a declarar a los Instructores y secretarías de instrucción que han estado a cargo del expediente de referencia se les pregunte expresamente por esta circunstancia.*
- c) *Para confirmar la irrelevancia de una comparativa entre los mercados portugués y español a la hora de estimar los efectos de la conducta imputada en el mercado español, esta parte solicita se ordene la consiguiente práctica de prueba, que podría consistir en la solicitud de información sobre el modelo de gestión de residuos portugués a las autoridades competentes en Portugal.*

Y como actuación complementaria propone:

- d) *Que, sin que ello deba entenderse en menoscabo de las funciones legalmente atribuidas al Consejo, CONSENUR estaría también dispuesto a admitir, si ello puede facilitar la labor del Consejo, la participación de terceros imparciales en la revisión de los hechos considerados acreditados por la DI. Nos referimos, por ejemplo, a la posible conveniencia de que el Consejo acuerde, como actuación complementaria, la emisión de un informe sobre la verosimilitud de las explicaciones fácticas aportadas por Consenur por un perito experto en la materia nombrado por un organismo independiente. Que se ordene, en su caso que se practiquen las actuaciones complementarias propuestas.*

8. Por Acuerdo de 23 de julio de 2009 el Consejo acordó admitir como pruebas documentales las propuestas ATHISA, documentos 1, 1 bis, 2 y 3 que se recogen en la letra a) del punto 7 de los Antecedentes de Hecho, y el Informe sobre el Grupo Ambimed presentado por CESPAA al que se refiere el apartado c) del punto 7.d de los Antecedentes de Hecho. El Consejo no admitió el resto de las pruebas propuestas y no consideró necesaria la celebración de vista. El Acuerdo fue notificado a los interesados, dándoles los 7 días previstos por la Ley para alegaciones y 10 días para que de acuerdo con lo previsto en el artículo 36 del RDC, aleguen cuanto estimen acerca del alcance e importancia de las pruebas admitidas.

A petición de CESPAA se concedió a todos los interesados la ampliación del plazo de alegaciones por la mitad de los mismos, de acuerdo con lo previsto en el Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo que les fue notificado por Acuerdo de Ponente y Secretario el 30 de julio de 2009.

9. Con fecha 4 de agosto de 2009 INTERLUN remite sus alegaciones al Acuerdo del Consejo de admisión de pruebas, reiterando que por el Consejo se practique

la prueba solicitada y se acuerde la celebración de Vista a fin de demostrar la competencia con CONSENUR.

La representación de ATHISA remitió alegaciones el 6 de agosto de 2009, subrayando la relevancia de la prueba aceptada.

En escrito de 7 de agosto de 2009, la representación de CESPAS remite las alegaciones al Acuerdo de admisión de pruebas, en relación con lo que considera irrelevancia de este trámite, puesto que la decisión sobre la pruebas ya está tomada, como deduce de que en el mismo acto se acuerda abrir el periodo de 10 días para alegar sobre el contenido de las mismas. En el mismo muestra su disconformidad con la decisión del Consejo sobre las pruebas no admitidas, argumentando que prejuzga el resultado de las mismas, y sobre la negación de la celebración de Vista.

La representación de CONSENUR alega al Acuerdo de admisión de pruebas y de confidencialidad en escrito depositado en Correos, el 7 de agosto de 2009. En el mismo se remite al artículo 24 de la Constitución y a la jurisprudencia en relación con la indefensión que le produce la denegación de las pruebas propuestas de llamar a declarar a los inspectores e instructores y de solicitar un informe a las autoridades de Portugal sobre el mercado de gestión de residuos.

- 10.** El día 20 de agosto de 2009 tiene entrada en la CNC cuatro escritos de personación en el expediente remitidos por cuatro personas que prestan sus servicios en la empresa CONSENUR, invocando el artículo 37.1 del RDC. Por acuerdo del Consejo de 7 de septiembre de 2009, se rechaza la personación.
- 11.** Las alegaciones de las partes, SIS, CESPAS y CONSENUR, respecto al alcance e importancia de las pruebas previstas en el artículo 36 del RDC fueron recibidas en la CNC los días 25 y 27 de agosto de 2009.
- 12.** Por Acuerdo de fecha 21 de octubre de 2009, el Consejo procedió a modificar la calificación jurídica de los hechos, en el sentido de considerar a la empresa SIS como imputada de la infracción de prácticas concertadas continuadas en el mercado nacional de gestión de residuos sanitarios, sometiendo dicha calificación a los interesados para alegaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 51.4 de la Ley 15/2007. Asimismo acordó, según lo previsto en el artículo 37.1 apartado f) de dicha Ley, la suspensión de plazo de resolución hasta la recepción de las alegaciones.
- 13.** El Consejo, por Acuerdo de 29 de octubre de 2009, acordó levantar la confidencialidad del punto 4 del Informe Propuesta, "HECHOS ACREDITADOS" y de los documentos a que se hace referencia en el mismo para las cuatro empresas imputadas, concediéndoles un plazo de 10 días para que, previo acceso a la documentación cuya confidencialidad se levanta, formulen las alegaciones que a su derecho convenga.

14. Con fecha 22 de octubre de 2009 la empresa SIS solicitó ampliación del plazo para alegaciones a la modificación de calificación jurídica, que le fue concedida por la mitad de periodo inicial. Posteriormente, con fecha 6 de noviembre de 2009, SIS solicitó acceso al informe emitido por la DI respecto a la modificación de la calificación jurídica, acordando el Consejo dar acceso al mismo a SIS y al resto de las partes imputadas. Por su parte CONSENUR, en base al artículo 49 de la ley 30/1992, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, solicitó con fecha 11 de noviembre de 2009 ampliación en cinco días hábiles del plazo para alegaciones respecto al levantamiento de la confidencialidad, que también le fue concedido.
15. El 29 de octubre de 2009 la DI se ratificó en la valoración jurídica de su propuesta de Resolución. El 11 de noviembre de 2009 se reciben las alegaciones de CESPRA a la modificación de calificación jurídica, oponiéndose a la misma. INTERLUN se ratifica en todas sus alegaciones en escrito de 17 de noviembre de 2009.
16. CONSENUR, en escrito de 16 de noviembre, reitera alegaciones anteriores y pone en duda la capacidad del Consejo para realizar esta nueva calificación porque, dice, es una intrusión en la investigación puesto que no es sólo un cambio de calificación de los hechos, sino un cambio de hechos y en consecuencia, debería ser devuelto a la DI para que continuara la investigación. Considera que debe haber nuevo trámite de pruebas y reitera las ya propuestas tras el IPR. Y en escrito de 26 de noviembre, como alegaciones al levantamiento de la confidencialidad, se reafirma en sus escritos anteriores sobre la prueba de indicios y adjunta STS de 22 de septiembre de 2009 en el R 3984/2006.
17. Por su parte SIS, en escrito de 17 de noviembre alega a la recalificación y al igual que CONSENUR, considera que la modificación de la calificación jurídica excede la habilitación al Consejo del artículo 51.4 de la Ley, puesto que corrige la propuesta de la DI, que dice que, *“no esta suficientemente acreditada la participación de SIS en el reparto de mercado”*, afectando a los hechos, por lo que considera que el consejo debería haber hecho uso del artículo 51.1 de la Ley y 36.4 del RDC y devolver a la DI para nuevas pruebas y nueva propuesta de Resolución con, en su caso, nueva valoración jurídica. Alega asimismo indefensión por falta de fundamentación y desconocimiento de la calificación de la infracción que se le imputa y de la posible sanción. En todo caso propone la práctica de pruebas.
Posteriormente, con fecha 19 de noviembre de 2009 y tras acceder al escrito de Alegaciones de la DI sobre la recalificación, SIS ha presentado un escrito en el que constata que la DI se ratifica en su valoración jurídica y solicita al Consejo el sobreseimiento parcial y el archivo de las actuaciones que le afectan.
18. Por Acuerdo de 30 de noviembre de 2009, el Consejo de la CNC acordó la práctica de algunas de las pruebas propuestas por SIS, denegando el resto de

las solicitadas, y acordó asimismo el mantenimiento de la suspensión del plazo máximo de resolución.

CONSENUR y SIS alegaron al Acuerdo de práctica de actuaciones complementarias, en escritos de 4 y 9 de diciembre de 2009 respectivamente.

La DI remitió la documentación correspondiente a la práctica de las pruebas realizadas el día 22 de diciembre de 2009, fecha de recepción del último requerimiento realizado.

- 19.** Con fecha 23 de diciembre de 2009 se comunicó a los interesados el Acuerdo, por el que se abre el plazo de 10 días previsto en la normativa para valoración de prueba. En escrito de 23 de diciembre de 2009 con entrada en la CNC el día 28, SIS en uso del artículo 49.1 de la Ley 30/1992 solicitó ampliación del plazo inicial por la mitad del mismo, *“de forma que el último día hábil sea el 13 de enero de 2010”*, ampliación que le fue concedida.

Los escritos de valoración de prueba tuvieron entrada en la CNC el 5 de enero de 2010 (fecha de correos de 23 de diciembre de 2009), el de CONSENUR y el 13 de enero de 2010 el de SIS.

- 20.** El Consejo de la CNC finalizó de deliberar este expediente y adoptó esta Resolución en su reunión de 14 de enero de 2010.

- 21.** Son interesados en este expediente :

- ANDALUZA DE TRATAMIENTOS DE LA HIGIENE, S.A., (ATHISA).
- CESPAS, GESTIÓN DE RESIDUOS S.A., (CESPA).
- CONSENUR, S.A., (CONSENUR),
- SISTEMAS INTEGRALES SANITARIOS, (SIS).
- INTERLUN, S.L., (INTERLUN)

HECHOS PROBADOS

Constan en el Informe y Propuesta de Resolución de la DI y en la información que obra en el expediente, los siguientes hechos cuyo conocimiento es relevante para la resolución del expediente y que el Consejo considera debidamente acreditados y probados.

- 1.** La DI en el punto 2 *“LAS PARTES”* del Informe hace la siguiente descripción de las partes implicadas en el expediente:

ATHISA (denunciante)

ATHISA es una empresa familiar cuyos socios fundadores y únicos accionistas son el matrimonio formado por D. XXX y XXX, ostentando cada uno de ellos, el 50% del capital social. D. XXX es administrador único de la sociedad.

La principal actividad de ATHISA es la gestión integral de residuos sanitarios y biosanitarios especiales.

En el año 1998 se escindió la rama de actividad de gestión de residuos sanitarios y biosanitarios en España (excepto en Galicia) de la sociedad ATHISA, creándose la sociedad ATHISA-2 RBE. El matrimonio XX-XX vendió a CESPA el 100% de esta segunda sociedad y, de este modo, la sociedad ATHISA-2 RBE se fusionó con la sociedad ECOCLINIC, perteneciente a CESPA, dando lugar a la sociedad ECOCLINIC-ATHISA, S.L. Esta última cambió, posteriormente, su denominación social por la de ECOCLINIC.

En el capital social de ECOCLINIC-ATHISA participaban los Sres. XX-XX con un 20% y la sociedad CESPA con el 80% restante. El contravalor de la participación del 20% correspondiente a los Sres. XX-XX consistía en la aportación de los créditos que dichos Sres. ostentaban frente a CESPA por razón del pago del precio aplazado de la compraventa del 100% de ATHISA 2-RBE.

En diciembre de 2004, los Sres. XX-XX vendieron a CESPA su participación minoritaria (20%) en ECOCLINIC-ATHISA, que fue, acto seguido, absorbida por CESPA.

En consecuencia, a partir de 1998, la sociedad ATHISA dejó de actuar en el mercado español de gestión de residuos sanitarios y biosanitarios, en cumplimiento de un pacto de no competencia contenido en el acuerdo con CESPA y, desde ese momento, centró su actividad en el extranjero, desarrollándose ampliamente a nivel internacional: en Portugal y Marruecos fundamentalmente, y también en Turquía, República Checa, Argelia y Togo.

CESPA

CESPA G.R. S.A. (CIF: A-59202861), domiciliada en Avda. de la Catedral, 6-8; 08002 Barcelona, es una sociedad perteneciente, en la actualidad, al grupo FERROVIAL. Su principal actividad es la gestión de todo tipo de residuos y desechos. Su facturación en 2007 fue de 176.117.000 €; de esta facturación, la cifra de 18.718.796 € (10,63%) corresponde a la gestión de residuos sanitarios.

Hasta el año 2004, la sociedad pertenecía conjuntamente a los grupos AGUAS DE BARCELONA (AGBAR) y SUEZ-LYONNAISE DES EAUX. FERROVIAL mantiene una alianza con este último, mediante su participación al 50% en la empresa ECOCAT cuya otra mitad pertenece a TERIS, filial de SITA, empresa cabecera de las actividades de limpieza de SUEZ ENVIRONNEMENT.

ECOCAT tiene un 33% de participación en Gestión de Residuos Especiales de Cataluña, S.A. (GRECAT), única empresa concesionaria del servicio público de incineración de residuos peligrosos de Cataluña.

Los residuos especiales se incineran en la planta de Constantí (Tarragona) propiedad de la empresa pública PTRES controlada por la Agència de Residus de Catalunya. GRECAT tiene un centro propio de recogida y transferencia de residuos peligrosos (CRT) ubicado en Barberà del Vallès (Barcelona), que se coordina con la planta de tratamiento para garantizar el servicio.

Asimismo, GRECAT tiene acuerdos con varias plantas incineradoras europeas que le permiten gestionar cualquier tipo de residuo peligroso y garantizar la continuidad del servicio.

En 1998 CESPA adquirió al matrimonio XX-XX la empresa ATHISA 2-RBE que fue fusionada con la sociedad ECOCLINIC (perteneciente al Grupo CESPA) dando lugar a la sociedad ECOCLINIC-ATHISA. Esta sociedad cambió, posteriormente, su denominación social por la de ECOCLINIC. Finalmente, en el año 2004, la sociedad ECOCLINIC fue absorbida por la sociedad CESPA.

CONSENUUR

CONSENUUR, S.A., (CIF: A-36749414) domiciliada en Calle Ebro s/n, Polígono Industrial Finanzauto, Arganda del Rey (Madrid), es una sociedad exclusivamente dedicada a la gestión de residuos sanitarios, con una facturación, en 2007, de 30 millones de euros. Fue adquirida en 1997 por el grupo ACS a través de TECMED, empresa del grupo también dedicada a la gestión de los residuos sanitarios. Otras dos sociedades del Grupo TECMED que actúan en el mismo mercado y que, a efectos del expediente, se consideran parte de la misma empresa son: CLAERH, S. A., titular de una planta de tratamiento de residuos biosanitarios en la región de Murcia, y Valenciana de Protección Ambiental, S.A., (VAPSA).

SIS

SISTEMAS INTEGRALES SANITARIOS, S.A., (CIF A81098642), con oficinas centrales en Polígono Industrial de Vallecas - Camino del Pozo del Tío Raimundo, s/n, 28031 – Madrid, es una sociedad del Grupo FUNDOSA (ONCE) dedicada desde el año 1997 a la gestión de residuos sanitarios y biosanitarios. Tiene una planta de tratamiento en Murcia y otra en Aragón. Actúa en las Comunidades de Aragón, Murcia, Madrid y Valencia. En Aragón, CONSENUUR y SIS copan el mercado público aragonés mediante una Unión Temporal de Empresas (UTE). Su facturación en 2007 fue de 5.900.000 €.

INTERLUN S.L.

INTERLUN, S.L., (CIF B-10129112) domiciliada en el Polígono Industrial de Las Capellanías (Cáceres) ha circunscrito, hasta 2007, su actividad a Extremadura, aunque también está registrada como Gestor de Residuos Peligrosos en Madrid, Castilla-La Mancha y Andalucía. Efectúa recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y mantenimiento de parques. Dispone de una planta de transferencia para almacenamiento temporal de residuos hospitalarios en su domicilio social. En la misma planta valoriza residuos fotográficos. Su facturación total en 2007 fue de 5.348.759 euros, de los que 2.530.489 (47,3%) correspondieron a residuos sanitarios.

2. Las empresas citadas se dedican a la gestión de residuos y más concretamente a la gestión de residuos peligrosos de origen hospitalario, de los denominados Grupo III, residuos biosanitarios peligrosos como *sangre, objetos punzantes, vacunas, etc.*, y Grupo IV, residuos químicos citostáticos, material contaminado químicamente, etc., que exigen un tratamiento especial en recogida, transporte, etc.

La normativa general sobre residuos está contenida en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos. Según esta Ley, las competencias son compartidas entre Estado y CC.AA., siendo éstas últimas las competentes para planes autonómicos, autorizaciones, vigilancia, y admisión de residuos de otras CC.AA., entre otros y en particular de los residuos peligrosos. También dispone que la eliminación de residuos se basará en los principios de proximidad y suficiencia, (Art. 4, 13, 16, 18, 22). El traslado en el territorio nacional está regulado y según el artículo 16 de la Ley, corresponde al Gobierno dictar la normativa del traslado de los residuos entre los territorios de distintas Comunidades Autónomas y además éstas “no podrán oponerse al traslado de residuos para su valorización o eliminación en otras Comunidades Autónomas, siempre y cuando estos traslados no se opongan a los objetivos marcados en sus planes autonómicos”

Los residuos clínicos son de distintas características y exigen distintos tratamientos. Algunos exigen recipientes especiales para su depósito, traslado y

tratamiento en autoclaves previo a su uso posterior como deshechos. Según se deduce de los datos que constan en el expediente todas las imputadas contaban con plantas de tratamiento de residuos, si bien no todas de iguales prestaciones. Según las propias imputadas contaban con plantas en las siguientes zonas geográficas:

CONSENU, que según consta en su web forma parte del **Grupo URBASER**, resultado a su vez de la integración de las filiales de servicios medioambientales ACS y Dragados, y está presente en todo el territorio nacional, tiene plantas en Arganda (Madrid), Constantí (Tarragona), Vilagarcía de Arousa (Pontevedra) y en Bunyola (Baleares).

CESPA cuenta con plantas en Atarfe (Granada), San Cugat (Barcelona), Vall d'Uixó (Barcelona), Burgos y San Sebastián de los Reyes (Madrid).

INTERLUN tiene planta de tratamiento en Extremadura y SIS en Aragón

3. La Dirección de Investigación recoge en el Punto 4 del apartado II “PLIEGO DE CONCRECIÓN DE HECHOS” del Informe Propuesta los Hechos acreditados que respaldan la imputación. Las imputadas no han desacreditado los hechos descritos por la DI, sino la forma en que fueron obtenidos y la interpretación que se hace de los mismos. Por tanto, con las correcciones, matizaciones y explicaciones de los mismos realizadas por las partes en sus alegaciones, tanto las remitidas en la fase de instrucción, alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos, como las remitidas tras el Informe y Propuesta de Resolución de la DI y tras la recalificación realizada por el Consejo, el Consejo da por acreditados dichos hechos que se recogen de forma literal:

“4. HECHOS ACREDITADOS

Los hechos analizados en el expediente tienen lugar en el mercado nacional de gestión de residuos sanitarios y se describen en los siguientes apartados:

4.1 CESPA y ATHISA suscriben un pacto de no competencia

Como ya se ha relatado anteriormente, en febrero de 1998 CESPA adquirió a los esposos XX-XX el 100% de la sociedad ATHISA-2 RBE, resultante de la escisión de la rama de actividad de gestión de residuos sanitarios y biosanitarios en España de la sociedad ATHISA.

Los activos integrantes de la rama de actividad de residuos sanitarios de la sociedad CESPA se traspasaban a otra sociedad de su Grupo, ECOCLINIC. Esta última absorbía a ATHISA 2 RBE y pasaba a denominarse ECOCLINIC-ATHISA .

La operación culminaba con una ampliación de capital, posterior a la fusión, por la cual los Sres. XX-XX entraban en el capital social de ECOCLINIC-ATHISA con un 20% del mismo.

El contravalor de este 20% consistía, precisamente, en la aportación de los créditos de los Sres. XX-XX frente a ECOCLINIC por razón del precio aplazado de la compraventa de ATHISA-2 RBE.

En la estipulación 24ª del Protocolo de 17 de febrero de 1998, con el que formalizaba esta operación, se establecía un pacto de no competencia con el siguiente texto:

“Los Sres. D. XXX y Dª XXX en su condición de vendedores de las acciones de ATHISA-2 se obligan formal y expresamente para con ECOCLINIC a no desarrollar, ejercer o tomar

intereses, directos o indirectos en cualquier actividad que compita con las actividades de gestión de residuos sanitarios y biosanitarios desarrolladas por ATHISA-2, y en su día por ECOCLINIC-ATHISA-2, ni por sí ni a través de terceras personas físicas o jurídicas interpuestas, en el ámbito territorial del Estado español, durante un período de cinco años posteriores a la fecha de pérdida de su condición de socios de ECOCLINIC-ATHISA-2.

Igualmente, CESPAS G.R. se obliga para con los esposos D. XXX y D^a XXX a no desarrollar por sí ni a través de ninguna otra empresa filial o participada actividad concurrente con la desarrollada con ECOCLINIC y, ulteriormente, con ECOCLINIC-ATHISA-2, salvo en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Si el compromiso especificado en el presente pacto fuere de cualquier forma infringido, cada infractor deberá pagar a la otra parte la cantidad de CIENTO MILLONES DE PESETAS (100.000.000 Ptas.), actualizada con el IPC de cada año aplicada sobre la cantidad resultante del ejercicio precedente, desde la fecha de firma de este Protocolo, por cada actuación de ilícita competencia, salvo que se acredite mayor perjuicio por la parte afectada”.

En el Exponendo VI del mencionado Protocolo, se establecía:

“Que para CESPAS G.R. y ECOCLINIC constituyen elementos esenciales del presente Protocolo, que elevan a la categoría de causa del convenio:

a) Que D. XXX participe en el nuevo proyecto de desarrollo de la compañía ECOCLINIC, prestando sus servicios a la misma durante un plazo no inferior a cuatro (4) años, como elemento garantizador de la continuidad del negocio y de las expectativas de beneficios que han determinado la valoración de ATHISA, todo ello en beneficio de CESPAS G.R. y de la propia ECOCLINIC [...]”.

En cumplimiento de este compromiso, el Sr. XXX permaneció al frente de la gestión de ECOCLINIC, como Director General, durante el plazo establecido en el Protocolo, abandonando dicha gestión de forma total en mayo del año 2002.

Por desavenencia entre las partes sobre el cumplimiento del citado Protocolo, los Sres. XX-XX instaron un procedimiento arbitral contra las sociedades CESPAS y ECOCLINIC, que finalizó con la emisión de un Laudo de fecha 28 de septiembre de 2004 por el que:

a) Al no haberse alcanzado la cifra de resultados estipulada, se condenaba a D. XXX y a D^a XXX a satisfacer a CESPAS GR, S.A. la cantidad de 1.863.137,50 euros (equivalente a 310.000.000.- pesetas) o, bien a entregar a CESPAS GR, S.A. la totalidad de sus participaciones sociales en el capital de ECOCLINIC, S.L.

b) Se declaraba la nulidad del pacto vigésimo cuarto del Protocolo de 17 de febrero de 1998, por infringir la legislación sobre Derecho de la Competencia.

En diciembre de 2004, CESPAS y ECOCLINIC ejercitaron ante la Audiencia Provincial de Madrid una acción de anulación del Laudo en lo que se refiere a la declaración de nulidad del pacto de no competencia.

El 30 de marzo de 2007, la Sección 11^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia declarando la nulidad del Pronunciamiento del Laudo que declaraba a su vez la nulidad del Pacto 24^o del Protocolo.

El fundamento de dicha sentencia era la falta de capacidad de los Árbitros para pronunciarse sobre una cuestión no sometida al Arbitraje, pero no se juzgaba la vulneración de las normas de Defensa de la Competencia que pudiera suponer la aplicación del pacto de no competencia.

En el momento de incoación del expediente permanecía en vigor la cláusula de no competencia, suscrita en el Protocolo. A instancias de los denunciantes, el 26 de marzo de 2008, la Dirección de Investigación propuso al Consejo de la CNC la adopción de medidas cautelares consistentes en:

- Ordenar provisionalmente el cese de la práctica de no competencia derivada del citado Pacto 24º del Protocolo de 17 de febrero de 1998 suscrito entre CESPAS y los Sres. XX-XX.

- Intimar a CESPAS para que, durante el tiempo que dura la tramitación del expediente, se abstuviera de obstaculizar en forma alguna la actividad de los Sres. XX-XX y de ATHISA en los mercados español e internacional de gestión de residuos sanitarios y biosanitarios.

Por Resolución MC/0001/08 de 9 de mayo de 2008, el Consejo de la CNC, apreciando la apariencia ilícita del pacto de no competencia, así como el riesgo de lesión al interés público tutelado por el Derecho de Defensa de la Competencia, aprobaba la adopción de las medidas cautelares en los mismos términos solicitados por la Dirección de Investigación.

4.2 CESPAS, CONSENUR y SIS se asocian en diversas Uniones Temporales de Empresas para concurrir a ciertos concursos públicos

En el período 2000-2007, las empresas imputadas constituyen o acuerdan constituir distintas UTEs para concurrir a los concursos públicos de gestión de residuos sanitarios, sin que esté acreditada su falta de capacidad individual para concurrir en solitario.

En Aragón, comunidad en la que CONSENUR y SIS, actuaban separadamente, ambas empresas deciden constituir una UTE al 50%, que resulta adjudicataria del concurso "Residuos SALUD 2002/2004" al que se presenta en competencia con otra UTE formada por FCC MEDIO AMBIENTE y GESTION INTEGRAL DE RESIDUOS SANITARIOS DE ARAGON, S.L. (GIRSA). La oferta de CONSENUR y SIS es seleccionada pese a los menores precios ofertados por esta segunda UTE, como puede verse en el cuadro siguiente:

Cuadro 7. Tipo de gestión. Precios (euros por Kg. y euros por centro). Ofertas. Diferencia porcentual.

Tipo de gestión	Precios UTE CONSENUR – SIS (ganadora)	Precios UTE FCC - GIRSA	Diferencia a favor de FCC - GIRSA
RBE: Residuos Biosanitarios especiales (€ por Kg.)	1,20	1,104	8,7%
Residuos CITOSTÁTICOS (€ por Kg.)	2,40	2,207	8,7%
RTP: Residuos Tóxicos y peligrosos (€ por Kg.)	1,65	1,472	12,1%
LIQUIDOS RADIOGRÁFICOS (€ por Kg.)	0,51	0,455	12,1%
Centros de Salud (€ por centro)	1.051,77	995,770	5,6%

Fuente: Consejería de Sanidad del Gobierno de Aragón.

Posteriormente, la UTE CONSENUR-SIS es beneficiaria de una prórroga de 01/09/2004 a 31/05/2006, con una revalorización de sus precios entre el 3,33% y el 3,92%.

En 2006 se convoca nuevo concurso "1 DG/06" (hasta 31/05/2008), al que la UTE CONSENUR-SIS se presenta sin competencia, adjudicándosele con un aumento de precios entre el 11,32% y el 12,90%.

Finalmente, en 2008, la UTE CONSENUR-SIS obtiene una nueva prórroga de dos años (expediente 4 DG/08) hasta 29 de abril de 2010, para la que se le reconoce un nuevo aumento de precios, que es del 3,39% para la gestión de los líquidos radiográficos y superior al 4,2% para los restantes epígrafes.

En Castilla-La Mancha, hasta el concurso bienal "DGEI/014/04, la adjudicataria del servicio en esa Comunidad era CESPAS aunque, por distintas circunstancias, el servicio era deficitario. Así lo acredita la carta de CESPAS de 6 de febrero de 2004 dirigida al Servicio de Salud de Castilla-

La Mancha (SESCAM) en la que reclama un “justiprecio mínimo” y cuya copia remite a CONSENUR, el día 10 de febrero de 2004

Ambas empresas, CONSENUR y CESPAS deciden asociarse en UTE cuando hasta entonces el servicio lo había suministrado CESPAS, y tenía capacidad para ello, y se presentan sin competencia al referido concurso bienal “DGEI/014/04” vigente a partir de 1/7/2004, que se adjudican.

El borrador de acuerdo entre las empresas se transmite por correo electrónico

LA UTE SESCAM CONSENUR-CESPA es beneficiaria de dos prórrogas anuales consecutivas del citado contrato hasta 30/06/2007 y 30/06/2008.

En la Comunidad Valenciana la UTE formada por CONSENUR y CESPAS se adjudica sin competencia el concurso 664/2006 por importe de 7.600.358 €. Se presenta también la UTE formada por la empresa ATHISA, denunciante en este expediente, y la empresa local LGA pero esta UTE resulta excluida del concurso, y su oferta no llega a ser calificada.

En Canarias, CESPAS y CONSENUR constituyen una UTE para concurrir al concurso del Hospital de la Candelaria en Tenerife en 2005. A este concurso concurre también la empresa denunciante, ATHISA, que resulta adjudicataria.

En Cataluña y en 2005, CONSENUR y CESPAS constituyen UTE para concurrir a la licitación “Servei de recollida, transport i eliminació de residus sanitaris dels centres d’atenció primària” del Institut Català de la Salut (ICS), en proporciones respectivas del 61,44% y 38,56%. Los preparativos para esta UTE quedan reflejados en el intercambio de correos de 21 de octubre de 2005 cuyo asunto es: “RE: CONCURSO ICS - UTE CONSENUR CESPAS”.

4.3 CONSENUR mantiene frecuentes reuniones de alto nivel con las restantes empresas competidoras

En la carpeta “Elementos eliminados” del buzón de correo electrónico del Director general de CONSENUR, D. XX, obtenida en el curso de la inspección de 6/2/2008 en dicha empresa, aparecen diversos memorandos de citas procedentes de su agenda, con fechas entre 26/10/2004 y 16/11/2007. De ellos, se han incorporado al expediente las 33 citas (llamadas o reuniones) siguientes con empresas competidoras o sobre empresas competidoras:

Cuadro 8. Citas seleccionadas del Director General de CONSENUR

Asunto	Ubicación	Comienzo	Fin
Reunión XXX	Arganda del Rey	miércoles 27/10/2004 13:00	miércoles 27/10/2004 15:00
Reunión ONCE		jueves 04/11/2004 16:00	jueves 04/11/2004 18:00
Responder Once (XX)	Madrid	lunes 08/11/2004 10:00	lunes 08/11/2004 11:00
Reunión IT Médica	Madrid	miércoles 24/11/2004 11:00	miércoles 24/11/2004 14:00
Reunión Ecoclinic-Elirecon- CONSENUR	Madrid	jueves 25/11/2004 12:00	jueves 25/11/2004 14:00
Visita Grecat	Constanti	jueves 09/12/2004 10:30	jueves 09/12/2004 11:30
Reunión CONSENUR- Ecoclinic-Elirecon	Madrid	miércoles 15/12/2004 12:00	miércoles 15/12/2004 16:00
Reunión Grecat	Constanti	viernes 28/01/2005 10:00	viernes 28/01/2005 11:00

Asunto	Ubicación	Comienzo	Fin
Reunión Ecoclinic	Madrid	miércoles 09/02/2005 12:00	miércoles 09/02/2005 14:00
Reunión Once	Madrid	jueves 10/02/2005 12:00	jueves 10/02/2005 13:00
Reunión Grecat	Constanti	lunes 14/02/2005 10:30	lunes 14/02/2005 11:30
Reunión INTERLUN	Arganda	miércoles 16/02/2005 9:30	miércoles 16/02/2005 10:30
Reunión XX	Madrid	miércoles 02/03/2005 12:00	miércoles 02/03/2005 13:00
Notario CESP	Madrid	jueves 18/05/2006 11:00	jueves 18/05/2006 14:00
Reunirse con CESP	Valencia	viernes 15/09/2006 11:00	viernes 15/09/2006 12:00
Viaje Sevilla (Reunión Delegado CESP)	Sevilla	martes 26/09/2006 13:00	martes 26/09/2006 14:00
Comida CESP	Madrid	miércoles 04/10/2006 13:30	miércoles 04/10/2006 14:30
CESP (XX)	Madrid	Miércoles 13/12/2006 12:00	miércoles 13/12/2006 13:00
Reunirse con CESP	Madrid	lunes 29/01/2007 12:00	lunes 29/01/2007 13:00
Llamada CESP	Constanti	viernes 09/02/2007 12:00	viernes 09/02/2007 13:00
Llamada CESP	Arganda del Rey	lunes 12/02/2007 10:00	lunes 12/02/2007 14:00
Reunirse con LGA y CESP	Valencia	lunes 05/03/2007 12:00	lunes 05/03/2007 13:00
Reunirse con CESP	Madrid	lunes 26/03/2007 16:00	lunes 26/03/2007 17:00
Comida CESP (Barna)	Barcelona	lunes 02/04/2007 12:00	lunes 02/04/2007 16:00
Reunirse con CESP	Valencia	lunes 23/04/2007 12:00	lunes 23/04/2007 13:00
Reunirse con CESP	Barcelona	jueves 03/05/2007 12:00	jueves 03/05/2007 13:00
Urbaser (asunto ABH)	S. Seb. de los Reyes	jueves 10/05/2007 12:00	jueves 10/05/2007 19:30
Reunirse con LGA	Valencia	jueves 14/06/2007 13:30	jueves 14/06/2007 14:30
Reunirse con LGA (Valencia)	Valencia	lunes 25/06/2007; 12,00	lunes 25/06/2007 13:00
Llamada XX (asunto ABH)	Madrid	martes 03/07/2007 9:30	martes 03/07/2007 11:30
Comida CESP	Arganda del Rey	miércoles 04/07/2007 12:00	miércoles 04/07/2007 16:00
Reunirse con CESP-LGA	Valencia	lunes 09/07/2007 10:00	lunes 09/07/2007 14:00
Pedir fecha XX	Barcelona	jueves 08/11/2007	jueves 08/11/2007

Fuente: carpeta "Elementos eliminados" del buzón de correo electrónico del Director general de CONSENUR.

La primera cita del miércoles 27/10/2004, lleva notas anejas que dicen textualmente:

“Reunión con XX, XX, XX y D.XX. Participación en Castilla La Mancha: OK empezamos el día 2 de Noviembre. Para los grandes concursos precios actuales de Madrid x 1,038 x 1,22 ó 1,25. Para la próxima reunión preparar lo comentado sobre los precios de los gestores intermedios.”

En total, hay

- 22 citas entre CESPAS (incluyendo las visitas a su participada GRECAT) y CONSENUR;
- tres encuentros CONSENUR – SIS;
- tres reuniones con el competidor en la Comunidad Valenciana, LGA, una de ellas con participación de CESPAS;
- dos reuniones con ELIRECON, con participación de CESPAS en ambas;
- una reunión con XX (de ABH Medio Ambiente, competidor en Baleares), y otras dos que tienen que ver con dicha empresa ABH; una reunión con la empresa extremeña INTERLUN; y
- Otra con el competidor canario ITM.

Otra fuente en la que se consignan encuentros y relaciones del citado ejecutivo con empresas competidoras son las notas mensuales de liquidación de gastos de viaje, disponibles para todos los meses desde enero de 2004 a julio de 2007.

De estas notas se han extraído los datos relevantes, que consisten en setenta y dos fechas y actividades que ligan a CONSENUR con las demás empresas del sector. Estos datos son los siguientes:

Cuadro 9. Fechas. Actividades consignadas por el Director general de CONSENUR.

10-02-04	Cáceres (Extremadura) INTERLUN
24-03-04	Arganda (Madrid)-Reunión Fundosa
25-03-04	Arganda (Madrid)-Reunión Ecoclinic
20-05-04	Arganda (Madrid) Visita XX(Elirecon)
08-06-04	Arganda-Once-Arganda-Tecmed
10-06-04	Arganda-Tecma-INTERLUN
23-09-04	Arganda (Ecoclinic-Asunto Castilla La Mancha)
27-10-04	Arganda-Reunión Ecoclinic (Castilla La Mancha)
04-11-04	Arganda del Rey (Madrid)-Reunión ONCE
24-11-04	Reunión IT Médica (Madrid)
25-11-04	Reunión Ecoclinic-Elirecon-CONSENUR
09-12-04	Constanti (Tarragona)-Visita Greecat
15-12-04	Arganda (Reunión Elirecon/Ecoclinic/CONSENUR)
28-01-05	Constanti-Reunión Greecat (Incineradora)
09-02-05	Arganda (Urbaser-Ecoclinic-Rentokill)
10-02-05	Arganda (Once-XX, XX)
14-02-05	Incineradora Greecat (Constantí)

16-02-05	Arganda-INTERLUN (XX-XX)
04-04-05	Constantí (Tarragona) Reunión Grecat
20-04-05	Arganda-Once
05-05-05	Sant Quirçe del Valles (Reunión en Barbera del Valles con Grecat)
12-05-05	Arganda del Rey (Madrid)- XX (exInterlun)
14-06-05	Arganda del Rey (Madrid)-Reunión XX ABH - XX
28-06-05	Comida D.XX, XX, XX, XXX (CESPA)
10-10-05	Viaje Canarias (Gemecan-IT Médica)
04-11-05	Barcelona (Firma Ute con CESPA)
22-11-05	Arganda del Rey (Madrid)-Reunión ONCE-XX
24-11-05	Arganda del Rey (Madrid)-Reunión CESPA-Firma UTE Castilla La Mancha
14-12-05	Irun (Elirecon)-Fuenterrabia
09-02-06	Zaragoza (Reunión ONCE)
15-02-06	Arganda del Rey (Madrid)-Reunión CESPA-Urbaser (XXs)
27-04-06	Aragón (Reunión ONCE-Concurso SAS Aragón)
04-05-06	Constantí (Tarragona)-Grecat (Reunión XX-XX)
10-05-06	Reunión Agencia de Residuos (Barcelona)-Ecocat (Martorell)
11-05-06	Reunión Grecat-Reunión CESPA (Valencia) XX-XX
23-05-06	Notario CESPA (Cambio nombre UTE Castilla La Mancha)-Concurso de Aragón
31-05-06	Canarias-Reunión IT Médica
01-06-06	Canarias-Reunión IT Médica (XX, XX, XX)
06-06-06	Mallorca (XX-XX)
27-06-06	CONSENUUR (Arganda)-Reunión Once-Comida XX-Reunión Urbaser (Madrid)
02-08-06	Arganda del Rey-Depuradoras aguas residuales plantas-IT Médica Canarias
23-09-06	Arganda del Rey (Madrid)-Sevilla (Reunión CESPA)
10-10-06	Sant Quirçe (XX)-Sanidad (Barcelona)-Grecat (Barbera del Valles)
19-10-06	Reunión XX (CESPA)
23-10-06	Canarias (Asunto IT Médica-Ecotec)
24-10-06	Canarias (Asunto IT Médica-Ecotec)
25-10-06	Canarias-Urbaser (XX)-IT Médica
23-11-06	Valencia (Delegado CESPA)

13-12-06	Reunión CESPAMadrid)
17-01-07	Alicante (XX)-Elche (cena LGA)
18-01-07	Reunion CESPAMValencia)-CONSENU (Paterna)
29-01-07	Arganda-Madrid (reunión Urbaser con CESPAM)
31-01-07	Arganda-Reunión Once-Urbaser (XX)
14-02-07	Palma Mallorca (XX, XX ,XX)-ABH (XX)
05-03-07	Valencia (Reunión LGA-CESPA-CONSENU)
06-03-07	Constantí (Tarragona)-Reunión Grecat (Incineradora de residuos especiales-Sr. XX)
08-03-07	Palma de Mallorca-Reunion XX
19-03-07	Sant Quirçe (Reunión XX)-Constantí (Reunión XX)
20-03-07	Paterna (Valencia) Reunión LGA
26-03-07	Arganda del Rey (Madrid)-Reunión CESPAM (XX)
02-04-07	Sant Quirçe - Comida CESPAM XX-XX)
12-04-07	Cáceres (Extremadura)-Reunión INTERLUN
18-04-07	Mallorca (Reunión ABH-ACS Adquisiciones)
23-04-07	Valencia (Reunión CESPAM)
03-05-07	Reunión CESPAM en Barcelona
17-05-07	Mallorca-Asunto ABH
07-06-07	Arganda del Rey-Reunión XX (ABH)
13-06-07	Presentación Concurso Castilla León-Reunión Once
14-06-07	Valencia (Reunión LGA (Elche))
25-06-07	Valencia (Reunión LGA (Elche) en Paterna)
27-06-07	Mallorca (ABH Firma del doc. preliminar de compra)
09-07-07	Valencia (Reunión LGA-CESPA-CONSENU)

Fuente: notas mensuales de liquidación de gastos de viaje del Director General de CONSENU.

Los datos anteriores acreditan la celebración de reuniones con empresas competidoras o las participadas por CESPAM (ECOCAT y GRECAT), en el siguiente número:

Cuadro 10. Empresas competidoras de CONSENU. Número de reuniones del Director General de CONSENU.

COMPETIDOR	Número de Reuniones
CESPAM (ECOCLINIC)	25 (+ 9 GRECAT + 1 ECOCAT)
SIS (ONCE, FUNDOSA)	11

INTERLUN (Extremadura)	5
ELIRECON (País Vasco)	4
ITM (Canarias)	8
ABH (Baleares)	8
LGA (Comunidad Valenciana)	6

Fuente: Elaboración propia sobre los datos obtenidos en la inspección de CONSENUR

Se debe resaltar que hay algunos casos (destacados en negrita) en las que participa más de una empresa junto con CONSENUR.

4.4 CONSENUR facilita a las empresas competidoras y recibe de ellas información sensible

Aparte de las citas del Director General de CONSENUR, Sr. XX, y sin tener en cuenta lo relacionado con la constitución y administración de las UTE's, se han detectado comunicaciones emitidas o recibidas por CONSENUR en las que se intercambia información sensible con las demás empresas y documentos en posesión de CONSENUR que acreditan el conocimiento de la citada información:

- a) El 22 de enero de 2004 CONSENUR ofrece o planea ofrecer a CESPA su colaboración, ante un posible conflicto laboral, para "... los servicios mínimos de gestión de los residuos generados por los principales clientes de ECOCLINIC en las Comunidades Autónomas de Cataluña, Madrid, Castilla la Mancha, Andalucía y Valencia, mediante la intervención de sus recursos de vehículos y de las instalaciones de tratamiento que tiene en Madrid, Cataluña, Valencia y Murcia. [...] Los precios que regirán [...], serán los que en la actualidad se facturan por los servicios que se prestan [...]. Es muy significativo que este ofrecimiento de CONSENUR se refiera a la Comunidad de Andalucía, en la que no actúa (no se presenta a concursos en dicha comunidad) y que lo haga sin ningún recargo en los precios y sin condiciones especiales.
- b) El 3 de marzo de 2004 el Sr. XX transmite al Sr. XX de CESPA el mensaje que CONSENUR está remitiendo el mismo día a D. XX del Hospital La Candelaria de Tenerife y que dice textualmente: "Como respuesta a su consulta del pasado Viernes 27/02/2004, le comunico que nuestras relaciones comerciales con la sociedad IT MEDICA se limitan al ámbito geográfico de las islas de GRAN CANARIA, LANZAROTE y FUERTEVENTURA. Nuestra instalación no dispone de capacidad suficiente para tratar una mayor cantidad de residuos procedentes de otras islas que las citadas anteriormente". Posteriormente CESPA y CONSENUR, agrupadas en UTE, concurren sin éxito al concurso público del Hospital de la Candelaria en 2005.
- c) El 28 de septiembre de 2004, el Sr. XX (CESPA) remite al Director General de CONSENUR el escrito de solicitud de revisión de precios de CESPA al Instituto Madrileño de la Salud.
- d) El 28 de octubre de 2004, CONSENUR transmite a SIS que "los precios unitarios actuales (IVA incluido) del servicio a los Centros del IMSALUD en la Comunidad de Madrid son los siguientes: RBE: 1,17 €/Kg.; CITOSTATICOS: 2,40 €/Kg.; RTP: 1,63 €/Kg.; LIQUIDOS RADIOGRÁFICOS: 0,47 €/tl".
- e) El 15 de septiembre de 2005, CONSENUR transmite a CESPA, por correo electrónico de 15 de septiembre de 2005, la oferta económica para el nuevo Hospital de Burgos.
- f) En Castilla y León, los documentos "Balance productores C Y L CESPA-Valladolid" y "Balance productores C Y L tres gestores", de los archivos de CONSENUR, presentan un

listado de clientes y una distribución, entre CONSENUR y CESPA, de los residuos generados. En el primero se reparte la gestión de 11.858,10 Kg. procedentes de 15 clientes entre: gestor 1 (CONSENUR Valladolid): 9.380,85 Kg. (79,11%) y el gestor 3 (CESPA) 2.477,25 Kg. (20,89%). En el segundo se reparte la gestión de 1.164.639 Kg. procedentes de 156 clientes entre el gestor 1 (CONSENUR Valladolid): 459.170 Kg. (39,43%), el gestor 2 (CONSENUR Arganda) 511.784 Kg. (43,94%) y el gestor 3 (CESPA), 193.684 Kg. (16,63%).

g) En la Comunidad Valenciana, el 16 de marzo de 2007, CONSENUR convoca a CESPA a una reunión en Valencia, junto con la ONCE (SIS) para "tomar una decisión sobre el problema LGA" (empresa concurrente cuyo propietario es D. XX), al que sigue un intercambio de correos entre los Sres. XX (CONSENUR) y XX (CESPA). El 20 de marzo de 2007, el Sr. XX comunica al Sr. XX que "Hemos mantenido un encuentro con XX provocado por él, ya que estaba persiguiendo a nuestro delegado XX y además le debíamos, todos, una respuesta desde el pasado Miércoles. Este Sr. sigue pidiendo los 1.500 contenedores semanales, de primeras, la Once no colabora y a mí una vez he estudiado la situación, me parece una barbaridad. Como no le hemos resuelto su situación, se ha levantado de la reunión diciendo que te iba a convocar a ti para verte".

h) La antes citada petición del Sr. XX (LGA) se ve confirmada en las anotaciones manuscritas sobre un estadillo de "CONTENEDORES EXPEDIDOS A PLANTAS DE TRATAMIENTO DESDE EL C.T." que dice textualmente "LGA pide: 6000 x 12 = 72000 cont".

i) Sobre el mismo asunto, el 16 de mayo de 2007, D. XX, de CESPA, comunica al Sr. XX que: "Conforme a nuestra conversación telefónica te paso copia del email que me hace llegar XX, sobre las cuestiones de incremento de precios y toneladas". El mencionado Sr. XX, de CESPA, indica en su correo: "Hola X, Tras realizar los cálculos oportunos quiero trasmitirte que podemos tratar unas 7 Tm. al día, es decir 150 Tm. al mes. Por lo cual ruego te pongas en contacto con CONSENUR para que nos proporcionen estas Tm. A (sic) por cierto después de tu bronca he hablado con XX y me comenta que el estaba de acuerdo con el precio y que empezábamos ha (sic) aplicarlo el día 1 de Junio".

j) CONSENUR dispone de una relación detallada de los clientes, incluso privados, de SIS en Aragón y de sus cifras de facturación.

4.5 Las empresas imputadas están ligadas entre sí y con las concurrentes por importantes relaciones comerciales

Aparte de los compromisos derivados de las UTE's, analizados anteriormente, las empresas imputadas y otros concurrentes menores del sector están ligadas por importantes relaciones comerciales.

En algunos casos, los residuos que recoge una de ellas se distribuyen entre las restantes. Así lo muestra, en la Comunidad Valenciana, el documento "Informe Produccio 2006", archivo EXCEL, cuya última hoja se reproduce textualmente:

Cuadro 11. Empresas. Provincias de la Comunidad Valenciana. Producción (Kilos). Reparto.

RESIDUOS GRUPO III. PROCEDENCIA Y DESTINO		
CONSENUR	PRODUCCION CASTELLÓ	465.701
	PRODUCCION VALENCIA	1.296.924
	PRODUCCION ALACANT	1.321.175
	TOTAL C.V.	3.083.800
	KGS A CONSTANTÍ	189.300

KGS A CESP	1.172.000
KGS A CLAERH	951.500
KGS A SIS	771.000
TOTAL C.V.	3.083.800

S.I.S.

RECOGIDO EN LA C.V. :	612.172
POSIBLE REPARTO	
PRODUCCION CASTELLÓ	25.000
PRODUCCION VALENCIA	392.172
PRODUCCION ALACANT	195.000
TOTAL C.V.	612.172

CESPA

ESTIMACION

RECOGIDO EN LA C.V. :	355.000
POSIBLE REPARTO	
PRODUCCION CASTELLÓ	105.000
PRODUCCION VALENCIA	225.000
PRODUCCION ALACANT	105.000
TOTAL C.V.	435.000

L.G.A.

ESTIMACION

RECOGIDO EN LA C.V. :	140.000
POSIBLE REPARTO	
PRODUCCION CASTELLÓ	8.500
PRODUCCION VALENCIA	500
PRODUCCION ALACANT	131.000
TOTAL C.V.	140.000

Fuente: Reproducción literal de documento hallado en la inspección de la empresa CONSENUR.

Debe advertirse que, en los datos correspondientes a SIS, no figura la palabra “ESTIMACIÓN”, como lo hace en los de CESP y LGA. Según el Delegado de CONSENUR en la Comunidad Valenciana, “sabemos lo que recoge SIS exactamente”.

En Castilla y León, como consta de forma detallada, CONSENUR actúa como transportista de los residuos, pero la gestión se reparte entre esta empresa y CESP.

En Extremadura, la empresa INTERLUN, adjudicataria de los grandes concursos, resulta ser un cliente muy destacado de CONSENUR. En 2004, la planta de tratamiento de CONSENUR de Arganda del Rey recibe 117,1 toneladas de residuos citostáticos provenientes de Extremadura (el 19,49% de los residuos recibidos de este tipo); en 2005 se reciben 101,22 toneladas que representan un 20,65%. INTERLUN está ligada a CONSENUR, desde 1998, por un contrato privado que, en 2006, supone para CONSENUR una facturación de 744.821,11 euros, la quinta más importante, sólo precedida por la que generan sus grandes contratos públicos de Valencia, Castilla y León y Madrid, y el de un hospital en Galicia .

En Canarias, la empresa local Implantes y Tecnologías Médicas, S.L. (ITM) está ligada con CONSENUR por sucesivos contratos que, por una parte, le aseguran la aceptación en las instalaciones de CONSENUR y de su filial CLAERH de los contenedores que recogen y, por otra, le comprometen a comprar de CONSENUR los contenedores vacíos.

En cambio, para ELIRECON, empresa líder en el País Vasco, CONSENUR es un importante cliente; en 2004 se destina a la empresa vasca la totalidad de los residuos citostáticos recibidos en la mencionada planta de Arganda del Rey y, en 2005, el 95,31%. En 2006, la facturación de ELIRECON a CONSENUR asciende a 530.590,53 Euros, por recogida transporte y tratamiento de residuos sanitarios.

4.6 Se orientan los precios de diversas empresas para la concurrencia a concursos públicos

En esta sección se analizan dos casos en los que la documentación se refiere explícitamente a un concierto u orientación de los precios entre las empresas imputadas: en 2004, respecto al mercado en Castilla-La Mancha y, en 2006, con ocasión del concurso del Hospital Morales Meseguer de Murcia.

Se presenta también el caso de los concursos del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) en los que la simetría de precios ofertados por las dos empresas concurrentes merece ser resaltado.

A continuación, se pasa a analizar dicha evidencia.

4.6.1 Estrategia de precios en Castilla-La Mancha

El 27 de octubre de 2004, de 13 a 15 horas, aparece registrada una cita del Sr. XX, Director General de CONSENUR, con el Sr. XX, de CESP. Esta cita lleva unas notas anejas que dicen textualmente:

“Reunión con XX, XX, XX y XX.

Participación en Castilla La Mancha: OK empezamos el día 2 de Noviembre.

Para los grandes concursos precios actuales de Madrid x 1,038 x 1,22 ó 1,25.

Para la próxima reunión preparar lo comentado sobre los precios de los gestores intermedios.”

Los aludidos, Sr. XX y Sra. XX son de la empresa CESP; el Sr. XX es Director Comercial y el Sr. XX, Delegado zona Centro), ambos de CONSENUR.

La frase “Participación en Castilla La Mancha OK empezamos el día 2 de Noviembre” no puede referirse a la UTE CESP-CONSENUR, que ya había presentado su oferta y obtenido el contrato, que entró en vigor el 1 de julio de 2004. La propuesta a la que el Sr. XX da su “OK” para empezar tiene que referirse a algo distinto.

En todo caso, en la reunión se iba a tratar una estrategia de precios, que deberían ser los “actuales de Madrid” con un recargo del 3,8%, 22% o 25% en distintos supuestos que la nota no especifica.

4.6.2 El concurso del Hospital Morales Meseguer 2006

En la Comunidad de Murcia y a propósito del concurso del Hospital Morales Meseguer 2006, se encuentra, en los archivos electrónicos del Sr. Director General de CONSENUR, una carta del Sr. XX, con membrete de la empresa CLAERH, fechada a 20 de febrero de 2006, en la que se dice textualmente:

“Estimado X:

Una vez reunido con X y X para preparar el Concurso del Hospital Morales Meseguer, te transmito información y planteamiento para acometer este concurso con garantías independientemente de otras circunstancias que podrían surgir y que ya comentaremos a tenor

de la reunión que mantendré el Jueves con el Director de Gestión del Hospital Morales Meseguer, D. XX.

Bajas Propuestas:

- 1.- La idea en principio es que se presente SIS, al objeto de tener un mayor control del mercado sobre la adjudicación de este concurso. La baja estimada para SIS, sería del 1%.
- 2.- Nosotros, o sea, CONSENUR, realizaríamos una baja del 3% que intentaríamos contrarrestar con el control del peso y la gestión una vez adjudicado.
- 3.- Dejar para LGA, la posibilidad de baja hasta del 4-5%.

Aún así y observando las exigencias económicas del concurso el margen que se le quedaría para competir con CONSENUR, sería muy poco, el cual sería contrarrestado con las mejoras pactadas previamente con el Hospital y que falta confirmarlos en la Reunión del Jueves.[...]

Un saludo. XX”

4.6.3 Los concursos de la Comunidad de Madrid

En la Comunidad de Madrid, en los importantes concursos públicos 1RS797, 1RS/2003 y C.A. 4/2007 R, relativos a la gestión de residuos en los hospitales madrileños desde 27/03/1998 hasta 30/09/2009, CESPA y CONSENUR se presentan, aparentemente, en competencia.

La convocatoria de estos tres concursos sigue una misma sistemática:

- El servicio a contratar se divide en tres lotes correspondiente, cada uno de ellos a determinados hospitales, centros de salud y consultorios.
- Se facilita, en las condiciones administrativas particulares, una lista de precios máximos por cantidad de los distintos tipos de residuos hospitalarios y por unidad, en el caso de centros de salud y consultorios y se solicita a los licitadores que ofrezcan precios iguales o inferiores a los citados.

Las claves utilizadas por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid para identificar los distintos tipos de residuos hospitalarios son:

Cuadro 12. Abreviaturas utilizadas por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

ABREVIATURAS PRODUCTOS	RESIDUOS
RBE: Residuos Biosanitarios Especiales.	Residuos Grupo III
CITOSTATICOS: Residuos Citostáticos	Residuos Citotóxicos
RTP.- Residuos Tóxicos Peligrosos.	Residuos Tóxicos Peligrosos
LPR.- Líquidos de procesadoras radiográficas	Reveladores y fijadores de placas radiográficas

Fuente: Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid

Analizando los datos facilitados por el Servicio Madrileño de Salud, se observa que, en los tres concursos, el lote #2 es adjudicado a CESPA y los lotes #1 y #3 a CONSENUR. Los precios ofertados por ambas se presentan a continuación.

En el concurso 1RS/97, CONSENUR ofrece un descuento del 22,5% sobre los precios de salida y CESPA, sólo un 20%. Pese a ello, CESPA resulta adjudicataria del lote #2.

Cuadro 13. Lotes. Productos. Precios de salida (pesetas). Empresa adjudicataria. Precios ofertados por la empresa adjudicataria (pesetas). Candidato 2 al concurso. Precios ofertados por el candidato 2 (pesetas)

Lote	Producto	Precio de salida	Adjudicatario	Precio	Candidato 2	Precio
1	RBE	200 Ptas.	CONSEUR, S.A.	155 Ptas.	UTE ATHISA-CESPA GR	160 Ptas.
	CITOSTATICOS	400 Ptas.		310 Ptas.		320 Ptas.
	RTP	275 Ptas.		213 Ptas.		220 Ptas.
	Centros de Salud	175.000 Ptas.		135.625 Ptas.		140.000 Ptas.
2	RBE	200 Ptas.	UTE ATHISA-CESPA GR.	160 Ptas.	CONSEUR, S.A.	155 Ptas.
	CITOSTATICOS	400 Ptas.		320 Ptas.		310 Ptas.
	RTP	275 Ptas.		220 Ptas.		213 Ptas.
	Centros de Salud	175.000 Ptas.		140.000 Ptas.		135.625 Ptas.
3	RBE	200 Ptas.	CONSEUR, S.A.	155 Ptas.	UTE ATHISA-CESPA GR	160 Ptas.
	CITOSTATICOS	400 Ptas.		310 Ptas.		320 Ptas.
	RTP	275 Ptas.		213 Ptas.		220 Ptas.
	Centros de Salud	175.000 Ptas.		135.625 Ptas.		140.000 Ptas.

Fuente: Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid

Los contratos resultantes de este concurso son prorrogados en cinco ocasiones (en algunas con revisión de precios) y su vigencia se prolonga hasta 30/06/2003.

A este concurso de 1997 también se presentan: SIS, en UTE con una empresa denominada FLISA y Fomento de Construcciones y Contratas (FCC), con los siguientes precios:

Cuadro 14. Lotes. Productos. Precios de salida (pesetas). Candidato 3 al concurso. Precios ofertados por el candidato 3 (pesetas). Candidato 4 al concurso. Precios ofertados por el candidato 4 (pesetas)

Lote	Producto	Precio de salida	Candidato 3	Precio	Candidato 4	Precio
1	RBE	200 Ptas.	FCC	175,28 Ptas.	UTE SIS-FLISA	164,00 Ptas.
	CITOSTATICOS	400 Ptas.		350,56 Ptas.		328,00 Ptas.
	RTP	275 Ptas.		241,01 Ptas.		225,50 Ptas.
	Centros de Salud	175.000 Ptas.		153.371,75 Ptas.		143.500,00 Ptas.
2	RBE	200 Ptas.	FCC	153,23 Ptas.	UTE SIS-FLISA	160,00 Ptas.

	CITOSTATICOS	400 Ptas.		306,46 Ptas.		320,00 Ptas.
	RTP	275 Ptas.		210,69 Ptas.		220,00 Ptas.
	Centros de Salud	175.000 Ptas.		134.080,27 Ptas.		140.000,00 Ptas.
3	RBE	200 Ptas.	FCC	152,14 Ptas.	UTE SIS-FLISA	160,00 Ptas.
	CITOSTATICOS	400 Ptas.		304,28 Ptas.		320,00 Ptas.
	RTP	275 Ptas.		209,19 Ptas.		220,00 Ptas.
	Centros de Salud	175.000 Ptas.		133.125,47 Ptas.		140.000,00 Ptas.

Fuente: Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid

Se observa que:

- FCC ofrece un descuento sobre los precios de salida del 12,4% para el lote #1, 23,4% para el lote #2 y 23,9% para el lote #3.
- Los descuentos sobre los precios de salida ofertados por la UTE SIS-FLISA son del 18% para el lote #1 y del 20% para los lotes #2 y #3.

En resumen, los mejores precios para el lote #1 son los de CONSENUR y para los lotes #2 y #3 los de FCC. El lote #2 es adjudicado a CESPA con precios que superan a los de FCC en un 4,4%.

Al concurso 1RS/2003, sólo se presentan CESPA y CONSENUR con los precios siguientes:

Cuadro 15. Lotes. Productos. Precios de salida (euros). Empresa adjudicataria. Precios ofertados por la empresa adjudicataria (euros). Candidato 2 al concurso. Precios ofertados por el candidato 2 (euros).

Lote	Producto	Precio de salida	Adjudicatario	Precio	Candidato 2	Precio
1	RBE	1,15 €	CONSENUR, S.A.	1,13 €	ECOCLINIC, S.L. (CESPA)	1,13 €
	CITOSTATICOS	2,31 €		2,31 €		2,31 €
	RTP	1,59 €		1,57 €		1,57 €
	LPR	0,45 €		0,45 €		0,45 €
	CENTRO SALUD	1.012,46 €		1.012,46 €		1.012,46 €
	CONSULTORIO	96,16 €		96,16 €		96,16 €
2	RBE	1,15 €	ECOCLINIC, S.L. (CESPA)	1,13 €	CONSENUR, S.A.	1,13 €
	CITOSTATICOS	2,31 €		2,31 €		2,31 €
	RTP	1,59 €		1,57 €		1,57 €
	LPR	0,45 €		0,45 €		0,45 €
	CENTRO SALUD	1.012,46 €		1.012,46 €		1.012,46 €

	CONSULTORIO	96,16 €		96,16 €		96,16 €
3	RBE	1,15 €	CONSENU, S.A.	1,13 €	ECOCLINIC, S.L. (CESPA).	1,13 €
	CITOSTATICOS	2,31 €		2,31 €		2,31 €
	RTP	1,59 €		1,57 €		1,57 €
	LPR	0,45 €		0,45 €		0,45 €
	CENTRO SALUD	1.012,46 €		1.012,46 €		1.012,46 €
	CONSULTORIO	96,16 €		96,16 €		96,16 €

Fuente: Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid

Se observa que las dos empresas presentan 18 precios que son idénticos. Estos precios son iguales a los de salida, contenidos en el pliego de Condiciones Administrativas Particulares, para los citostáticos, LPR, Centros de Salud y Consultorios

Para los biosanitarios especiales y para los tóxicos y peligrosos ambas empresas ofrecen un descuento idéntico de 2 céntimos por Kg. (1,13 € en vez de 1,15 € y 1,57 € en vez del precio máximo de salida de 1,59 €, respectivamente).

A este concurso no se presentan otras ofertas y los contratos resultantes son prorrogados en 2005, manteniéndose en vigor hasta 2007.

En el concurso C.A. 4/2007 R, las dos empresas ofertan para los lotes que no se adjudican los precios de salida del pliego de condiciones particulares:

Cuadro 16. Lotes. Productos. Precios de salida (euros). Empresa adjudicataria. Precios ofertados por la empresa adjudicataria (euros). Candidato 2 al concurso. Precios ofertados por el candidato 2 (euros).

Lote	Producto	Precio de salida	Adjudicatario	Precio	Candidato 2	Precio
1	RBE	1,29 €	CONSENU, S.A.	1,28 €	CESPA, GR	1,29 €
	CITOSTASICOS	2,57 €		2,54 €		2,57 €
	RP-1	1,74 €		1,71 €		1,74 €
	RP-2	6,00 €		5,80 €		6,00 €
	RP-3	2,00 €		1,92 €		2,00 €
	RP-4 LPR	0,50 €		0,49 €		0,50 €
	CENTRO SALUD	1.127,90 €		1.110,00 €		1.127,90 €
	CONSULTORIO	107,12 €		104,00 €		107,12 €
2	RBE	1,29 €	CESPA, GR	1,28 €	CONSENU, S.A.	1,29 €
	CITOSTASICOS	2,57 €		2,55 €		2,57 €
	RP-1	1,74 €		1,73 €		1,74 €
	RPT-2	6,00 €		5,92 €		6,00 €
	RP-3	2,00 €		1,98 €		2,00 €
	RP-4 LPR	0,50 €		0,49 €		0,50 €
	CENTRO SALUD	1.127,90 €		1.127,60 €		1.127,90 €
	CONSULTORIO	107,12 €		107,00 €		107,12 €
3	RBE	1,29 €	CONSENU, S.A.	1,28 €	CESPA, GR	1,29 €

	CITOSTASICOS	2,57 €		2,54 €		2,57 €
	RP-1	1,74 €		1,71 €		1,74 €
	RP-2	6,00 €		5,80 €		6,00 €
	RP-3	2,00 €		1,92 €		2,00 €
	RP-4 LPR	0,50 €		0,49 €		0,50 €
	CENTRO SALUD	1.127,90 €		1.110,00 €		1.127,90 €
	CONSULTORIO	107,12 €		104,00 €		107,12 €

Fuente: Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid

CONSENURO oferta los mismos precios para los lotes #1 y #3, que se adjudica, con descuentos sobre el precio de salida entre el 0,78% y el 4%.

Para el lote #2, en cambio, CONSENURO no ofrece ningún descuento sobre el precio de salida y su oferta es idéntica a la de CESPA para los lotes #1 y #3.

Respecto a las ofertas de CESPA, para el lote #2, que se adjudica, ofrece descuentos entre 0,11% y el 2% sobre los precios de salida y, para los lotes #1 y #3, no ofrece ningún descuento.

4.7 Se prepara una reunión para repartir entre CONSENURO, CESPA y SIS la gestión de residuos de los nuevos hospitales de Madrid

Varios correos electrónicos, tanto de CESPA como de CONSENURO acreditan la preparación de una comida a celebrar en Madrid el 21/3/2007 en la que, al menos estarán presentes las dos empresas. El objeto del encuentro queda revelado en el documento "Planteamiento nuevos Hospitales". Se trata de un archivo EXCEL cuyo contenido se transcribe literalmente a continuación:

Cuadro 17. Hospitales. Número de Camas. Porcentaje del total de camas. "Planteamiento Daniel y José". Por áreas. . "Planteamiento comida 21/03/07"

		PLANTEAMIENTO		PLANTEAMIENTO	
CAMAS	%	XX y XX	POR AREAS	COMIDA 21/03/07	
H.PUERTA DE HIERRO	800	33,71%	CONSENURO	CESP	
H.SAN SEBASTIAN REYES	350	14,75%	CESPA	CESP	
H.VALLECAS	324	13,65%	CESPA	CON	
H.COSLADA	240	10,11%	CESPA	CON	
H.PARLA	276	11,63%	CESPA	CON	
H.ALANJUEZ	115	4,85%	CONSENURO	CON	
H.ARGANDA	148	6,24%	CONSENURO	CON	
H.VALDEMORO	120	5,06%	ONCE	ONCE	
2373					
			CONSENURO		
		CONSENURO 1063	1103	CONSENURO	
		CESPA 1190	CESPA 1150	CESPA	
		Once 120	Once 120	Once	

Fuente: Fuente: Reproducción literal de documento hallado en la inspección de la empresa CONSENURO.

Las filas corresponden a los nuevos hospitales de la Comunidad de Madrid. Para cada hospital se consigna el número de camas y el porcentaje que representan del total de 2.373 que suponen los ocho nuevos hospitales.

La columna “PLANTEAMIENTO XX y XX” hace referencia, con toda probabilidad, a la opinión de XX (Director General de CONSENUR) y XX (Delegado de Madrid, País Vasco, Extremadura y Castilla La Mancha).

La columna encabezada con la mención “POR ÁREAS” responde a un criterio distinto, según el cual, el Hospital Puerta de Hierro (Majadahonda) correspondería a CESPA mientras que los de Vallecas, Coslada y Parla estarían en el área de CONSENUR.

La última columna hace referencia a la comida a celebrar el 21 de marzo de 2007.

En las tres últimas filas se anota el total de camas que corresponderían a las empresas en los distintos supuestos.

Puede contrastarse la lógica territorial que se desprende de la columna “por áreas” con la distribución en lotes de los establecimientos sanitarios a efectos de los concursos de gestión de residuos sanitarios de la Comunidad de Madrid citados en el apartado 4.6., ya que los órganos competentes (en la actualidad el Servicio Madrileño de Salud, SERMAS) componen los lotes de acuerdo con un criterio geográfico, como se observa en el cuadro siguiente de los establecimientos sanitarios incluidos en cada uno de los lotes del concurso público 4/2007:

Cuadro 18. Lotes. Centros sanitarios. Códigos postales. Situación.

Lote	Centro sanitario	Cód. Postal	Situación
1	H. Virgen de la Torre	28031	Madrid, Sudeste
	H. General Un. Gregorio Marañón	28007	Madrid, Sudeste
	Centro Transfusión	28032	Madrid, Sudeste
	H. Un. de La Princesa	28006	Madrid Centro Este
	H. Un. Santa Cristina	28009	Madrid Centro Este
	H. Infantil Un. Niño Jesús	28009	Madrid Centro Este
	Lavandería Hospitalaria Central	28840	Mejorada del Campo. Este
	H. Un. Príncipe de Asturias	28805	Alcalá de Henares. Nordeste
	H. Ramón Y Cajal	28034	Madrid, Norte
2	H. Un. La Paz	28034	Madrid, Norte
	H. Carlos III	28029	Madrid, Norte
	H. Central Cruz Roja	28003	Madrid Centro Norte
	H. Dr. R. Lafora	28049	Madrid, Norte
	H. Un. Puerta De Hierro (antiguo)	28035	Madrid, Noroeste
	H. La Fuenfría	28470	Cercedilla. Noroeste
	H. El Escorial	28200	El Escorial. Noroeste

	H. Guadarrama	28440	Guadarrama. Noroeste
	Instituto de Cardiología de Madrid	28040	Madrid Oeste
	H. Clínico San Carlos	28040	Madrid Oeste
3	H. De Móstoles	28935	Móstoles. Suroeste
	H. Virgen de la Poveda	28630	Villa del prado. Suroeste
	H. Severo Ochoa	28911	Leganés. Sur
	H. de Cantoblanco	28049	Madrid, Norte
	Instituto Psiquiátrico José Germain	28911	Leganés. Sur
	H. Un. de Getafe	28905	Getafe. Sur
	H. Un. Doce de Octubre	28041	Madrid. Sur

Fuente: Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid y elaboración propia.

Recuérdese que, en los 3 concursos (1997, 2003 y 2007) CONSENUR se adjudicó los lotes #1 y #3 y CESPA el lote #2.

Así el lote #1 incluye los establecimientos sanitarios del Este de la capital y la Comunidad (Al Este del eje de la Castellana), el lote #2 los del Norte (al oeste del eje citado) y Noroeste y el lote #3 los del Sur y Suroeste.

Si se aplicara ese criterio a los nuevos hospitales (salvedad hecha de que, por su titularidad privada, no entrarían en el concurso) resultaría que los Hospitales Puerta de Hierro (Majadahonda) y San Sebastián de los Reyes estarían en el territorio que corresponde al lote #2, que CESPA viene adjudicándose.

4.8 CONSENUR se sirve de su competidor INTERLUN para concurrir a concursos en Extremadura y para su estrategia en Madrid

El 18 de agosto de 2003, el Responsable de Contratación Pública de CONSENUR se dirige a INTERLUN en los siguientes términos:

"Te adjunto documentación para la presentación de CONSENUR al concurso del Complejo Hospitalario de Badajoz:

Escrituras de CONSENUR y copia para compulsar

Escrituras de poder de XX y copia para compulsar y bastantear

Seguro de responsabilidad civil y copia para compulsar

Autorización de transportista en Extremadura y copia para compulsar".

Al siguiente concurso, CSE 00/04/05 CA, que convoca en 2005, el servicio Extremeño de Salud (SES) concurre CONSENUR, con la Ayuda de su competidor, INTERLUN.

El miércoles 16/02/2005 a las 9:30, el Director general de CONSENUR mantiene una reunión con INTERLUN en sus oficinas de Arganda del Rey.

El 7 de marzo de 2005, el Sr. XX, Director de Contratación Pública de CONSENUR prepara una comunicación a D. XX, de INTERLUN en la que dice textualmente:

Estimado X;

Tal como quedamos te envío documentación para el concurso del Servicio Extremeño de Salud:

Diez días después, el 17/03/2005, en comunicación a D. XX, de INTERLUN, el mismo Sr. XX dice textualmente:

“Te envío oferta de CONSENUR para el concurso del Servicio Extremeño de Salud.

Tal como te comenté por teléfono, para completar la misma necesitamos:

Recogida del aval provisional en el BBVA, oficina de Cáceres, Av. España, 3, a partir de mañana viernes, e inclusión en la documentación administrativa (recuerda enviarme copia).

Envío de las muestras de los contenedores de nuestra oferta.

Aprovecho para mandarte copia de las homologaciones de los contenedores de ballesta de 30 y 60 litros que teníamos pendiente.”

Pese a que CONSENUR no registra otra actividad en Extremadura que no sea a través de INTERLUN en los dos ejercicios precedentes, concurre a este Concurso con precios superiores a los de INTERLUN. También con precios superiores a los de INTERLUN se presenta ECOCLINIC (CESPA) que no desarrolla ninguna actividad en Extremadura. El cuarto candidato en liza, la UTE BIOTRAN-GARCÍA CARREÑO es excluido.

Después del concurso, el 14 de octubre de 2005, el Sr. XX solicita al Sr. XX que retire el aval provisional y documentación que CONSENUR había presentado.

Por otro lado, el 17 de marzo de 2005, en la comunicación antes mencionada, del Sr. XX a D. XX, de INTERLUN, figuran ciertas peticiones relacionadas con un concurso en la Comunidad de Madrid.

“Por último, te envío los datos para que me remitas Documentos de Aceptación para el siguiente Centro:

INSTITUTO DE SALUD CARLOS III, CAMPUS DE MAJADAHONDA

NIF: Q2827015E

CTRA. MAJADAHONDA A POZUELO, KM. 2,200

28220 MAJADAHONDA (MADRID)

Documento para Residuos Biosanitarios Especiales (producción anual estimada de 100.000 kgs.) y de Residuos Citotóxicos (producción anual estimada de 3.000 kgs.)

Asimismo necesito copia de la Memoria del Proceso de Tratamiento seguido en vuestra Planta para que lo incluyan en el concurso”.

4.9 INTERLUN se sirve de su competidor CONSENUR para su estrategia en Extremadura

El jueves, 16 de enero de 2003, desde la dirección 'xxx@hotmail.com', el Sr. XX se dirige a D^a XXX de CONSENUR con el siguiente texto:

“Te adjunto lo que hemos comentado por teléfono.

Te ruego que si llaman de Extremadura algún cliente nuestro (principalmente SES u Hospitales) les deis esta tarifa como TARIFA OFICIAL CONSENUR GRANDES CLIENTES.

Me lo envías por fax y mensajeros.

Muchísimas gracias:

X”

Ese mismo día el correo es reenviado al Director General de CONSENUR.

El mencionado archivo adjunto es una tarifa de precios que pretende ser de CONSENUR. No obstante, examinando las propiedades del archivo informático se observa que su autor no es otro que el propio XXX, de INTERLUN.

CONSENUR facilita también al Sr. XX información sobre los grandes concursos. El 9 de enero de 2004 el Sr. XX prepara una comunicación que dice textualmente:

“Te envío copia de Pliegos de Prescripciones Técnicas, precios máximos de licitación e importes adjudicados de los últimos grandes concursos convocados en las Comunidades Autónomas de Madrid (junio 2003), Valencia (noviembre 2003) y Aragón (diciembre 2002)”.

4.10 Las empresas imputadas evitan la competencia. Balance concurrencial en las diferentes Comunidades Autónomas

La competencia en este mercado tiene lugar, principalmente, mediante la concurrencia a concursos públicos (competencia por el mercado, en vez de en el mercado). En situación de competencia cabe esperar que diversas empresas del sector se presenten a cada concurso y ello implica, necesariamente, que existan ofertas no aceptadas en cada concurso. Por eso, en este apartado se analizan las ofertas no ganadoras de las empresas denunciadas en el período 2000-2007. Se observa que el número de ofertas rechazadas es poco importante respecto a la totalidad de ofertas presentadas y que solo en muy pocos casos pierden frente a otra de las empresas imputadas.

Las ofertas rechazadas fueron las siguientes, para cada empresa:

Cuadro 19. Ofertas no ganadoras de CESPAS en el período 2000-2007. Fechas.

EMPRESA PÚBLICA HOSPITAL DE PONIENTE	2000
OSAKIDETZA (SERVICIO VASCO DE SALUD)	feb-02
COMPLEJO HOSPITALARIO INFANTA CRISTINA	2002
HOSPITAL SAN PEDRO ALCÁNTARA	2003
INSTITUTO MADRILEÑO DE SALUD (2 LOTES)	2003
SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD	2004
COMPLEJO HOSPITALARIO NTRA. SRA. DE LA CANDELARIA	ago-05
HOSPITAL ALTO GUADALQUIVIR	dic-06
COMPLEJO HOSPITALARIO NTRA. SRA. DE LA CANDELARIA	ago-07
CONSORCIO SANITARIO DE TENERIFE (HUC)	jun-07
INSTITUTO MADRILEÑO DE SALUD (2 LOTES)	2007

Fuente: datos facilitados por CESPAS, a requerimiento de la CNC.

De esta lista de ofertas se deduce un alto grado de acierto (11 ofertas rechazadas sobre 95 contratos o prórrogas reseñados). Sus ofertas tienen un 100% de éxito salvo en Canarias,

Extremadura, País Vasco y, parcialmente, en Madrid y Andalucía. Destaca su acierto total en comunidades como Cataluña, Valencia, la Rioja y Castilla-La Mancha. CESPAS sólo se ve contrariada en Andalucía y Tenerife, por la concurrencia con éxito de la denunciante ATHISA.

Cuadro 20. Ofertas no ganadoras de SIS en el período 2000-2007. Fechas.

AYUNTAMIENTO DE MADRID. Puntos drogodependencia	03/04/2001
DIRECCIÓN GRAL. INSTITUCIONES PENITENCIARIAS	10/04/2001
MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Universidad Complutense Madrid	01/12/2005
Consejo Superior de Investigaciones Científicas	24/10/2006

Fuente: datos facilitados por SIS, a requerimiento de la CNC.

La tasa de acierto de SIS es extraordinaria. Apenas hay 4 ofertas rechazadas frente a un total de 44 contratos concertados.

Todas sus ofertas en Valencia y en Murcia se ven culminadas por éxito, pese a que CONSENUR actúa en ambas comunidades, y que, en Valencia, también está presente CESPAS.

Cuadro 21. Ofertas no ganadoras de CONSENUR¹ en el período 2000-2007. Fechas.

HOSPITAL GENERAL UNIVERSITARIO	24-may-00
FUND HOSPITAL DE ALCORCÓN	16-oct-00
FUND HOSPITAL DE CALAHORRA	27-nov-00
CONSEJERIA SANIDAD DE LA COM DE MADRID	07-dic-00
INSALUD-HOSPITAL CRUZ ROJA CEUTA	27-mar-01
GERENCIA AP PONTEVEDRA-VIGO	02-jul-01
HOSPITAL MIGUEL SERVET	26-jul-01
HOSPITAL GÓMEZ ULLA	06-nov-01
CONSEJERIA SANIDAD DE LA COM DE MADRID	17-dic-01
HOSPITAL SON DURETA	05-may-03
INSTITUTO BALEAR DE SANEAMIENTO (IBASAN)	15-may-03
FUND HOSPITAL DE ALCORCÓN	07-nov-03
GERENCIA AP CARTAGENA	08-mar-04
COMPLEXO HOSPITALARIO XERAL-CIES	17-mar-04

¹ Folios 2501-2503

SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD	23-mar-05
CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE DE MADRID	30-jun-05
COMPLEJO HOSPITALARIO UNIVERSITARIO DE VIGO	30-ene-06
HOSPITAL DE TORREVIEJA	24-feb-06
CSIC (CENTRO NACIONAL DE BIOTECNOLOGÍA)	30-nov-06
LAB. INTERCOMARCAL ALT PENEDES, ANOIA Y GARRAF	30-abr-07

Fuente: datos facilitados por CONSENUR, a requerimiento de la CNC.

Se presentaron 114 ofertas de importe superior a los 50.000 euros por un valor total de 73.560.185,02 euros. Las rechazadas, excluyendo las presentadas a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, que sólo lo fueron respecto al lote #2, suponen un total de 8.215.503,67 euros, un 11,2% del valor de las presentadas.

Hay que destacar que, en Cataluña, sólo una oferta es rechazada y que, además:

- Las ofertas al hospital Miguel Servet y al Instituto Balear de Saneamiento no corresponde a residuos sanitarios y no deben incluirse en la lista.
- Sólo 6 ofertas compiten sin éxito con CESPAS: 2 de ellas corresponden al lote#2 de los concursos del SESCAM, ya analizado, y una al Hospital de Calahorra.
- En la oferta a la Fundación Hospital de Calahorra, de noviembre de 2000, primera y última incursión de CONSENUR en La Rioja, no llega a consignarse en el documento el dato (esencial) de presupuesto.
- De las 7 ofertas que compiten con SIS, 2 se refieren al Hospital de Alcorcón, concurso de los que, al igual que en el caso de Calahorra, no se llega a registrar el dato de presupuesto. La ausencia de este dato esencial, que no falta en ningún otro caso, es indicio del escaso interés de CONSENUR por obtener los contratos de Calahorra y Alcorcón.
- Otras 3 ofertas frente a SIS se presentan sin ninguna rebaja sobre los precios de salida y, en las dos restantes, las rebajas son, solamente, del 0,18% y del 1%.
- La oferta perdida más sustanciosa, que es la del Servicio Extremeño de Salud, se presenta por medio de su competidor INTERLUN

Descontando las dos ofertas que nada tienen que ver con residuos sanitarios (Miguel Servet e Instituto Balear de Saneamiento) y la presentada en Extremadura, los rechazos de CONSENUR se reducen a 4.443.302,41€, apenas un 6% del valor total de las ofertas presentadas por importes superiores a 50.000 €.

Contrastando esta información con la facilitada por las distintas Consejerías de Sanidad y teniendo en cuenta documentos relevantes incorporados al expediente, la situación en las Comunidades Autónomas es la que se resume en los apartados siguientes.

Como se ha visto en el apartado 3.4.2 las tres mayores empresas imputadas se abstienen de actuar en Asturias, Cantabria y Navarra. En las 14 Comunidades restantes, la situación es la siguiente:

4.10.1 Galicia

Como se ha visto en el apartado 3.4.2, ni CESPAS ni SIS actúan en Galicia, ni lo han hecho en todo el período estudiado. CESPAS excluyó expresamente esta Comunidad Autónoma de la

aplicación del pacto de no competencia firmado con ATHISA. SIS tampoco está presente en Galicia, salvo dos intentos fallidos: el concurso 6/1999 del Hospital de Santiago, para el que no consigue calificarse y, en 2000, el concurso C.P. 136/00 al que se presenta en UTE con la empresa local HIXIENE'S, S.L.

En los datos facilitados por la Xunta de Galicia se reseñan 347 contratos o prórrogas por un importe de 22.159.141,56 euros. De ellos, 262 fueron adjudicados a CONSENUR, por un importe de 15.725.538 euros (1.449.181,13 € corresponden a la UTE formada por CONSENUR con su filial VAPSA).

CONSENUR sólo presenta 4 ofertas que no resultan aceptadas: dos son de menor entidad (menos de 25.000 euros); sólo dos son significativas: la del concurso del Hospital Xeral-Cies, en 2004 y la del Hospital Universitario de Vigo, en 2005.

En estos dos casos, la empresa que resulta adjudicataria, HIXIENE'S, S.L., no se dedica específicamente a los residuos sanitarios. Las restantes oportunidades de negocio no resultan de interés para CONSENUR, que no concurre a ellas.

Se observa que, en Galicia, las demás empresas presentes en la Comunidad no intentan disputar a CONSENUR sus clientes del Norte de la Comunidad (provincias de A Coruña y Lugo): el Área Sanitaria de Ferrol, los hospitales Calde de Lugo, Arquitecto Marcide-Novoa Santos de El Ferrol, Juan Canalejo de A Coruña (salvo el año 2000), Universitario de Santiago (salvo en 1999), Comarcal da Costa – Burela (Lugo), el Centro de Transfusión de Galicia y los centros de atención primaria de las provincias de A Coruña y Lugo.

4.10.2 País Vasco

En el País Vasco y de acuerdo con los datos facilitados por OSAKIDETZA, CONSENUR resulta sistemáticamente adjudicataria de los concursos en la provincia de Álava, mientras que ELIRECON lo es en las de Vizcaya y Guipuzcoa.

ELIRECON es la empresa destinataria de los residuos citostáticos de la planta de CONSENUR en Arganda del Rey (100% en 2004 y más del 95% en 2005). Pese a que no tiene vínculos societarios ni contractuales con CONSENUR, ELIRECON le consulta sobre la oportunidad de atender una petición de oferta para la gestión de residuos citostáticos, proveniente de un posible competidor de CONSENUR.

El viernes 27 de julio de 2007, a las 13:52, se registra un correo electrónico de ELIRECON [XXX@elirecon.com] al Director General de CONSENUR cuyo asunto es "Petición de Oferta" y que dice textualmente:

"XX:

Me han pedido oferta (por medio de un intermediario) para la eliminación de alrededor de 250 contenedores/mes de citostáticos me comenta que el origen es hospitalario de Andalucía y el Gestor, creo entender es T.B.S.

Supongo que al enemigo ni agua, coméntame algo porfa.

Saludos/XX"

Como se observa en la tabla de citas del director general de CONSENUR, el 25 de noviembre de 2004 (de 12 a 14 horas) y el 15 de diciembre del mismo año (de 12 a 16 horas) tienen lugar en Madrid sendas reuniones de alto nivel con ELIRECON, en las que participa también ECOCLINIC (CESPA).

4.10.3 Castilla y León

En Castilla y León CONSENUR se presenta sin competencia y resulta adjudicataria de los concursos públicos. Obtiene también una prórroga del contrato obtenido en el concurso 27/2004 (expediente 144/2006, de la Gerencia Regional de Salud). Como se ha visto en el

apartado 4.4, la gestión de los residuos obtenidos se reparte entre CONSENUR y CESP. Pese a no actuar en esa Comunidad, CESP es informada por CONSENUR de la convocatoria de concurso por el hospital de Burgos.

4.10.4 Aragón

En Aragón y en el concurso de 2001, para la gestión de los residuos del Hospital Royo Villanova, SIS supera con facilidad la competencia de FCC.

En 2002, la UTE CONSENUR-SIS se enfrenta a la constituida por FCC y Gestión Integral de Residuos Sanitarios de Aragón, S.L. (GIRSA) y resulta ganadora del concurso "Residuos SALUD 2002/2004", pese a que sus precios son superiores a los de los competidores, como se ve a continuación.

Cuadro 22. Tipos de residuos. Empresas. Precios unitarios (euros).

Tipos de residuos	PRECIOS UNITARIOS (euros)	
	UTE SIS - CONSENUR	UTE FCC - GIRSA
RBE (Biosanitarios especiales)	1,20	1,104
CITOSTÁTICOS	2,40	2,207
RTP (Tóxicos y peligrosos)	1,65	1,472
LIQUIDOS RADIOGRÁFICOS	0,51	0,455
Centros de Salud	1.051,77	995,770

Fuente: Consejería de Sanidad de Aragón.

4.10.5 La Rioja

En La Rioja, los dos principales entes contratantes son el Servicio Riojano de Salud (SRS) y la Fundación Hospital de Calahorra. En ambos casos, los grandes contratos son adjudicados a CESP, que se presenta sin competencia al concurso C.A. 30/04 y al SPO 16/2004 del Hospital de Calahorra.

Ni CONSENUR ni SIS se presentan a contrato público alguno en el período 2001-2007.

4.10.6 Cataluña

En Cataluña no actúa SIS. Los grandes contratos se adjudican a CESP, a CONSENUR, a la UTE formada por ambas, o a la empresa Martínez Llobet, S.L., vinculada a CONSENUR por un contrato privado desde 1995. Sólo hay un caso, en el período estudiado, en que CONSENUR y CESP compitan por un mismo contrato público.

Así, CONSENUR se adjudica el Hospital Universitari Arnau de Vilanova, de Lleida; el Joan XXIII de Tarragona; el Verge de la Cinta, de Tortosa; y el Dr. J. Trueta de Girona.

CESP, a su vez, es adjudicataria de los contratos del Germans Trias i Pujol de Badalona y del de Bellvitge, en Barcelona. En el Vall d'Hebron, unos contratos son adjudicados a CESP y otros a la antes mencionada Martínez Llobet, S.L., siempre sin competencia entre ambas, ni de CONSENUR.

En los centros de atención primaria, los datos del Institut Català de la Salut muestran que no hay competencia entre CESPA y CONSENUR: así, se les adjudican los distintos contratos cada año, en las proporciones que figuran en el siguiente cuadro:

Cuadro 23. Adjudicaciones de contratos de los centros de atención primaria del Institut Català de la Salut. Años. Empresas adjudicatarias. Porcentajes.

Año	CESPA	CONSENUR
2002	28,0%	72,0%
2003	34,5%	65,5%
2004	34,6%	65,4%
2005	37,2%	62,8%
2006	100% UTE CESPA-CONSENUR	
2007	100% UTE CESPA-CONSENUR	

Fuente: Institut Català de la Salut.

4.10.7 Extremadura

En Extremadura, como se ha visto anteriormente, la empresa local INTERLUN, S.L., que mantiene importantes relaciones comerciales con CONSENUR, resulta sistemáticamente adjudicataria de los concursos a los que, en ocasiones, concurre también CONSENUR, aunque se presenta con la ayuda de la primera.

4.10.8 Castilla-La Mancha

En Castilla – La Mancha, desde 1/7/2004 hasta 30/6/2008 está en vigor el contrato obtenido, sin competencia, por la UTE CESPA-CONSENUR y sus sucesivas prórrogas.

La cooperación entre ambas se extiende a otros ámbitos distintos del concurso del SESCOAM. Por ejemplo, el 13 de diciembre de 2006, en correo electrónico de D. XX de CONSENUR a D^a XX, de CESPA se dice textualmente:

“Te adjunto documentación para el contrato de Agricultura de Castilla La Mancha:

- Certificado de obligaciones tributarias con el Estado
- Certificado de Seguridad Social
- Últimos recibos del IAE
- Solicitud del certificado de hacienda autonómico y autorización para retirarlo”

4.10.9 Madrid

La situación en esta Comunidad ha sido anteriormente descrita con detalle en el apartado 4.6.3, por lo que respecta a los grandes concursos del SESCOAM y, en el apartado 4.7, respecto a los nuevos hospitales privados concertados, que han ido entrando recientemente en servicio. En ambos casos y, al menos, entre CESPA y CONSENUR, la Comunidad aparece dividida en áreas de influencia.

4.10.10 Valencia

CESPA, CONSENUR y SIS mantienen un objetivo común de reparto del tonelaje de residuos a tratar en la Comunidad Valenciana, como se detalla a continuación.

El archivo anejo al correo electrónico de 7 de marzo de 2007 remitido por el Delegado Regional de CONSENUR a su Director General contiene una hoja denominada "REPARTO DE KILOS G-III EXPEDIDOS A PLANTAS DE TRATAMIENTO".

En dicha hoja y desglosados por meses figuran cinco grupos de columnas: "CESPA", "CLAERH", "CONSTANTÍ", "S.I.S." y "TOTAL a repartir". Dentro de cada uno de los cuatro primeros grupos hay una columna denominada "Total TM.", una columna "% en el mes", una columna "Obj. TM." y (salvo en el grupo de CONSTANTÍ) una columna denominada "Dif. TM."

La columna "Obj. TM" exhibe las mismas cantidades mensuales para cada uno de los participantes: 100 toneladas mensuales para CESPA, 52,5 para CLAERH, 0 para CONSTANTÍ y 64,16 toneladas mensuales para SIS.

En esta Comunidad, CONSENUR ha intentado limitar el desarrollo de su concurrente local LGA, negando la recepción de los residuos gestionados por esta última en la planta de su filial CLAERH, que es demandada por ello ante el Juzgado de Primera Instancia num.11 de Murcia.

La sentencia de este juzgado es recurrida ante la Audiencia Provincial de Murcia que falla, el 10 de julio de 2007 que:

"SEGUNDO: [...] la existencia y validez del contrato celebrado entre las partes el 1 de septiembre de 2000, [...] donde se convenía que Claerh, [...] trataría los residuos biosanitarios que LGA recogería en contenedores y le llevaría, así como a suministrarle aquella a ésta dichos contenedores, contrato que fue resuelto unilateral y sorpresivamente por la demandada el 8 de enero de 2004, al no permitir a la actora descargar en su empresa los contenedores [...] sin que exista causa alguna para justificar esa resolución contractual"

"TERCERO: [...] En el informe pericial [...] aparece una relación de empresas a las que podía haberse dirigido la actora para la entrega de los residuos sanitarios que recogía, pero de ellos unas están muy alejadas territorialmente [...], lo que hace inviable la actividad, y los de la zona geográfica próxima tienen todos ellos relaciones con CONSENUR, pues Claerh está participada mayoritariamente por aquella. VAPSA ha sido absorbida por la misma [...]. Con las empresas del grupo SISSA, el jefe de planta de Claerh reconoce que CONSENUR tiene relaciones y con CESPA (en Castellón, Ciudad Real y Madrid) ya se ha hecho constar anteriormente la existencia de la UTE. A tal posición dominante en el mercado se une el dato revelador de que LGA había conseguido a partir del 1 de enero de 2004 hacerse con el contrato de retirada de residuos médicos del IVO (el principal generador de residuos hospitalarios de la Comunidad Valenciana), que hasta ese momento realizaba VAPSA. Debe tenerse en cuenta que el Sr. XX el 9 de enero denuncia ante la Administración y ante la Guardia Civil a LGA por retirar esos residuos y almacenarlos en Elche, coincidiendo tal hecho con la negativa de Claerh (participada mayoritariamente por CONSENUR) de no aceptarle los residuos, lo que impide a LGA deshacerse de ellos. Tal concatenación de hechos evidencia que todo es una maniobra de CONSENUR para desembarazarse de un incómodo competidor y recuperar, como así ha sucedido, el contrato con el IVO."

Antes de que se produjera este fallo, LGA estaba intentando que CONSENUR le pasara parte del negocio de la Comunidad Valenciana, con exigencias que CONSENUR consideraba desproporcionadas.

Así lo acredita el Correo electrónico de XX (CONSENUR) a XX (CESPA) de 20/3/2007: "Hemos mantenido un encuentro con XX provocado por él, ya que estaba persiguiendo a nuestro delegado XX y además le debíamos, todos, una respuesta desde el pasado Miércoles. Este Sr. sigue pidiendo los 1.500 contenedores semanales, de primeras, la Once no colabora y a mi una

vez he estudiado la situación, me parece una barbaridad. Como no le hemos resuelto su situación, se ha levantado de la reunión diciendo que te iba a convocar a ti para verte.”

Pero para CONSENUR, como se ha analizado en el apartado 4.4 g) “la aportación de residuos a LGA, si se produce, es un tema de tres empresas”.

4.10.11 Baleares

En Baleares, CONSENUR negocia la adquisición del único competidor significativo en las islas, la empresa Anglo Balear (ABH), con la que firma un documento preliminar de compra. Con anterioridad a este hecho existe evidencia de cooperación entre las dos empresas, como es el caso del concurso del Hospital Comarcal de Inca.

4.10.12 Andalucía

En Andalucía, CESPAS pierde el concurso CP. 38-99 del Hospital de Poniente, convocado en 1999. Es significativo que, en este último concurso, tanto el adjudicatario (SIS) como CESPAS, ofertan considerables bajas sobre el precio de salida del 31,03% y 30% respectivamente.

Al siguiente concurso del mismo hospital (CP.17-03) sólo se presenta CESPAS. No ofrece ninguna rebaja sobre el precio de salida y el aumento de precio sobre lo ofertado en el anterior es del 46%.

En 2006, en el procedimiento negociado sin publicidad del Hospital Alto Guadalquivir, la oferta de CESPAS pierde ante la de su concurrente, ATHISA.

CONSENUR no se presenta en Andalucía, pese a estar en condiciones de prestar los servicios que CESPAS no pudiera efectuar por causa de una huelga (ver apartado 4.4.a).

4.10.13 Murcia

En Murcia están presentes CONSENUR y SIS en proporciones respectivas del 78,6% y del 21,4% en el período 2002-2007. CESPAS no concurre en esta Comunidad.

Como se analiza en el apartado 4.6.2, CONSENUR prepara una estrategia que requiere la concertación con SIS para la concurrir, en 2006, al Concurso del Hospital Morales Meseguer.

4.10.14 Canarias

En Canarias, las ofertas rechazadas de CESPAS son de agosto de 2005, diciembre de 2006 y posteriores. La primera oferta rechazada de CESPAS lo es al concurso CP 2005-5-16, del Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria (Área de Salud de Tenerife) al que se presenta en UTE con CONSENUR.

CONSENUR constituye UTE con CESPAS pese a haber afirmado, en febrero de 2004 que sus instalaciones sólo tenían capacidad para tratar los residuos de las islas orientales. En efecto, CONSENUR había enviado a CESPAS copia de una comunicación dirigida al Hospital de la Candelaria de Tenerife en la que se afirma:

“[...] le comunico que nuestras relaciones comerciales con la sociedad IT MEDICA se limitan al ámbito geográfico de las islas de GRAN CANARIA, LANZAROTE y FUERTEVENTURA. Nuestra instalación no dispone de capacidad suficiente para tratar una mayor cantidad de residuos procedentes de otras islas que las citadas anteriormente.”

También se presenta a dicho concurso (CP 2005-5-16) la empresa canaria IT Médica, cuyas relaciones con CONSENUR culminarán en su adquisición por esta última. Pero la empresa que resulta adjudicataria es ATHISA, la denunciante en el presente caso.

La reacción de CESPAS ante dicha adjudicación es recurrir la resolución del Gerente del Hospital de la Candelaria en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Poco después, CESPAS parece perder interés por este mercado: el 25 de septiembre de 2006, transmite a CONSENUR la invitación de 21/9/06 recibida de la Gerencia de Atención Primaria

del Área de Salud de Tenerife para participar en el procedimiento negociado sin publicidad de la contratación de la gestión integral de residuos de los Centros de Salud y Consultorios pertenecientes a la citada Gerencia.

Al día siguiente, el Director General de CONSENUR remite este documento escaneado a I.T. Médica, dentro de un correo electrónico cuyo texto es significativo:

“Hola X, Te mando en archivo adjunto la convocatoria de concurso negociado sin publicidad de la Gerencia de Atención Primaria de Tenerife. Me lo ha pasado CESPA ya que a ellos no les interesa. De todas formas yo pensaba que esto ya estaba adjudicado porque creo que salió un concurso a principios de Agosto pasado. Dale un vistazo y hablamos. Los asuntos de Tenerife son un tanto raros”.

De hecho, entre las tres empresas: CONSENUR, CESPA e IT MÉDICA, hay bastante transparencia.

El 7 de marzo de 2007 el Director General de CONSENUR recibe un correo de su más directa colaboradora en Canarias que dice textualmente:

“Hola. Adjunto cuadro con los precios de CESPA en TFE y los de IT MEDICA para TFE. ATHISA sabe los precios de CESPA. Son los precios de 2006. Con qué precios vamos???” El correo se acompaña de un archivo EXCEL denominado “COMPARATIVA PRECIOS CESPA-IT MEDICA.xls”.

Los datos de CESPA son muy detallados: incluyen el nombre, dirección, teléfono y fax de cinco clientes privados, el volumen de facturación a los mismos y los precios.

Pese a que CONSENUR aparenta limitar su actividad a las islas orientales, el grupo matriz de CONSENUR, URBASER acuerda la adquisición de I.T. Médica. Por parte de I.T. Médica, en carta dirigida a URBASER y fechada a 10 de enero de 2007 se reconoce que “iniciamos conversaciones hace más de tres años”.

CONSENUR está contemplando la adquisición de IT Médica y la obtención del contrato del grupo privado de clínicas Hospitén, de Tenerife.

El correo del Sr. XX al Sr. XX de 12 de enero de 2007 es expresivo al respecto:

“Ya me comentaron X y XX a que ya se llegó a un acuerdo con el asunto de Ecotec. Como supongo que hablaras con XX me gustaría que le presionaras también tu, ya que tenemos la posibilidad de contratar primero para IT Médica y por consiguiente para Ecotec un grupo privado de clínicas que se llama Grupo Hospiten.

Para Ecotec sería importante ya que pueden suponer alrededor de 150.000 €/año a añadir a lo que ya tiene IT Médica. Este Grupo, actualmente esta en manos de CESPA (Tenerife), pero como CESPA abandona ese mercado sería bueno que los XX y compañía se vieran un poco más comprometidos que lo que yo solo por mi cuenta puedo conseguir. Llevo detrás de Grupo Hospiten desde Octubre pasado y se que XX y XX tienen el contacto para conseguirlo”.

4.11 Desde hace 13 años, existe un entendimiento entre las dos mayores empresas, CESPA y CONSENUR

La documentación encontrada alude a la existencia de algún tipo de entendimiento entre las dos mayores empresas.

El correo electrónico de 21/03/07 dirigido por D. XX, Director General de CONSENUR a D. XX de CESPA y, la serie de correos anteriores cruzados entre ambos, es reveladora, en este sentido. Los correos se reproducen, literalmente en los párrafos sucesivos:

“Buenos días X,

Te voy a intentar explicar algunos puntos que creo no tienes claros:

1-Te estas confundiendo de reunión, como bien dice en los e-mail anteriores la reunión que estaba intentando concretar la semana pasada era entre CESP, la ONCE y nosotros ya que como recordaras teníamos que comunicar a LGA (fecha tope Miércoles 14) nuestra decisión sobre los temas que se pusieron sobre la mesa en la reunión que hace unas fechas mantuvimos en tus oficinas de Valencia.

2-Quizás los que nos tendremos que replantear la relación con CESP somos nosotros, porque desde vuestra última reorganización es muy difícil plantear una estrategia nacional en este sector, ya que estáis limitados a estrategias regionales. En mi última reunión con el Sr. XX acordamos que intentaríamos seguir juntos en este negocio.

3-Por favor, no te fíes de lo que te dicen recién llegados a este sector, ya que la relación entre CONSENUR y CESP (Ecoclinic) data de como mínimo de hace trece años y hasta vuestra última reorganización nos entendíamos bien mientras manteníais un único interlocutor (XXX).

4-Y volviendo al asunto LGA (XX), este Sr. se confunde de empresa ya que lo que le dije ayer era que los que de entrada no querían colaborar eran los de la Once. Así mismo te lo digo porque mantuve la pasada semana una conversación telefónica con su representante. Para mi la aportación de residuos a LGA, si se produce, es un tema de tres empresas.

5-Por favor, te ruego me indiques cual es la mejor forma de mantener una comunicación fluida contigo porque la semana pasada queríamos tanto XX como yo hablar contigo y nos fue imposible.

Saludos, XX

Gerente CONSENUR, S. A."

Estas aclaraciones se producen a raíz de un correo electrónico del Sr. XX al Sr. XX, del día anterior (20/3/2007) a las 15:58, que dice textualmente:

Apreciado XX:

XX ha contactado conmigo, no entiendo vuestra de reunión de hoy y menos que me diga que es imposible un acuerdo debido a la negativa de CESP.

Por otra parte XX me dice que la reunión ha sido convocada hoy mismo, cuando supuestamente lo fue la semana pasada, según me informan mis colaboradores que tuvieron conocimiento de ello. También me comenta XX que LGA ha pedido 600.000 euros por el 50 % mas los contenedores, tu no me comentas nada de esta situación en tu e-mail.

Empiezo a no entender nada y no me gusta que compartamos estrategia para luego que CONSENUR actúe de forma independiente y unilateral. Si este es el criterio que vas a seguir te adelanto que me veré obligado a reconsiderar mi posición.

No obstante mantengo mi oferta de reunión que entiendo debe de centrarse inicialmente en clarificar estos posicionamientos.

Un abrazo. XX

El problema que suscita este intercambio de correos son las pretensiones de LGA, empresa local del sector en la Comunidad Valenciana, propiedad del Sr. XX. Esta empresa había concurrido en UTE con la denunciante ATHISA al concurso 664/2006 pero su candidatura había sido excluida "por no subsanar en plazo los documentos exigidos". Como se ha señalado anteriormente, este concurso fue adjudicado a la UTE CESP (20%)-CONSENUR (80%).

No obstante, es interesante observar que la respuesta del Sr. Director General de CONSENUR implica también a la ONCE (SIS) "la reunión que estaba intentando concretar la semana pasada era entre CESP, la Once y nosotros"; "los que de entrada no querían colaborar eran los de la Once. Así mismo te lo digo porque mantuve la pasada semana una conversación

telefónica con su representante. Para mi la aportación de residuos a LGA, si se produce, es un tema de tres empresas.”

Con esto, el Sr. XX confirmaba al Sr. XX su correo de 16/3/2007 a las 12:49 en el que solicitaba una reunión a tres bandas:

“Hola X, Te mando este correo para convocarte a una reunión en Valencia (si te parece bien, en tus oficinas) entre vosotros, la Once y nosotros y tomar una decisión sobre el problema LGA. La fecha es el próximo Miércoles día 21 sobre las 5 o 6 de la tarde. Te hemos intentado localizar por teléfono pero ha sido imposible. Necesitaba concretar la reunión ya que movilizar a la gerente de la Once es un poco complicado, no puede conducir y tiene que acudir a Valencia en avión o en tren y quiere planificarse el viaje. XXX. Gerente. CONSENUR, S. A.”

Indicando el Sr. XX que no podía en esa fecha, el Sr. XX insiste, a las 13:16: “Dime a ver si puedes el Lunes (26) o Martes (27) para poder convocar a la de la ONCE. XX se esta poniendo muy nervioso y nos esta soltando improperios por teléfono”.

El Sr. XX indica que no puede reunirse hasta el día 30 de marzo y el día 20, a las 13:35, el Sr. XX retoma el tema:

“Hola X, Hemos mantenido un encuentro con XX provocado por él, ya que [...] además le debíamos, todos, una respuesta desde el pasado Miércoles. Este Sr. sigue pidiendo los 1.500 contenedores semanales, de primeras, la Once no colabora y a mi una vez he estudiado la situación, me parece una barbaridad. Como no le hemos resuelto su situación, se ha levantado de la reunión diciendo que te iba a convocar a ti para verte.”

La respuesta del Sr. XX y las posteriores aclaraciones del Sr. XX ya están reproducidas anteriormente.

Debe destacarse de esta serie de correos la afirmación de CESPA: “no me gusta que compartamos estrategia para luego que CONSENUR actúe de forma independiente y unilateral” y la aclaración de CONSENUR: “es muy difícil plantear una estrategia nacional en este sector, ya que estáis limitados a estrategias regionales. En mi última reunión con el Sr. XX acordamos que intentaríamos seguir juntos en este negocio.”; “la relación entre CONSENUR y CESPA (Ecoclinic) data de como mínimo de hace trece años y hasta vuestra última reorganización nos entendíamos bien mientras manteníais un único interlocutor”.

En CESPA se encuentran alusiones que coinciden con el sentido de lo anterior. Sobre una posible operación societaria de envergadura, el Director General de CESPA recibe un correo electrónico interno el 21 de septiembre de 2007 en el que se le dice:

“Te adjunto algunos comentarios en los que XX ha participado: [...]”

Los precios de la gestión en España se conformaron hace 10 años y su evolución tanto % económica como cultural no ha cambiado, es mas se ha consolidado.

[...] entiendo que es mejor llegar a un acuerdo nosotros que lo hagan con CONSENUR ya que si compraran CONSENUR sería difícil mantener el status quo del mercado”.

4. Constan en el Informe y Propuesta de Resolución cuadros que recogen los datos de 2002 a 2007 de la posición de las empresas en el mercado de gestión de residuos sanitarios general y en el de la sanidad pública o de clientes públicos en particular, así como los porcentajes de facturación por Comunidades Autónomas en esos mismos años. Estos datos no han sido refutados por las imputadas y por tanto deben considerarse como hechos probados:

- En el año 2007 las cuatro empresas imputadas sumaban una cuota de mercado superior al 80 % (ver cuadro nº 6 del Informe y Propuesta de Resolución, en adelante IPR). CONSENUR tenía en torno al 43%, CESPA el 27%, SIS el 8,4%, e INTERLUN un 3,6%. Además de las cuatro imputadas, tienen cuotas de mercado significativas las empresas ELIRECON, que actúa sólo en el País Vasco y Navarra, y COGERSA y MARE, sociedades públicas de Asturias y Cantabria.
- En el periodo analizado y para el que se tienen datos de todas las empresas, desde 2002 a 2007, las cuatro empresas imputadas presentan un patrón estable de reparto del mercado tanto en cuota a nivel nacional como por áreas geográficas, (ver cuadros nº 4 y 5 del IPR).
- En dicho periodo tienen cuotas similares en el mercado privado y en el de contratación pública. Las cuotas medias del periodo de facturación total/facturación clientes públicos son: 54/56% para CONSENUR; 34/32 % CESPA; 9/6% SIS (única con peso significativo mayor del sector privado) y 4/5,4% INTERLUN, (cuadro nº 3 del IPR).
- Y cada una de las imputadas tiene el negocio concentrado en las mismas comunidades autónomas sin grandes variaciones año a año (pág. 13 y ss IPR).

CONSENUR, que en teoría está en todas las CC.AA., tiene el 90% de su negocio en 6 Comunidades Autónomas: Valencia (un 22% de sus ingresos y creciendo), Galicia (18%), Castilla-León (17%), Madrid (16%), Cataluña (10%) y Murcia (7%).

CESPA tiene el 90% de su negocio en 5 CC.AA.; Andalucía (35% de sus ingresos), Cataluña (23%), Castilla la Mancha (15%), Madrid (13%) y Canarias (5%).

SIS obtiene un 34% de sus ingresos en Madrid, 26% en Aragón, 22% en Valencia y 18% en Murcia.

Por su parte INTERLUN sólo tiene facturación en Extremadura.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero En su Propuesta de Resolución, transcrita en los Antecedentes, la Dirección de Investigación propone al Consejo que declare que varias empresas activas en el mercado de gestión de residuos sanitarios, han cometido una infracción, con la calificación de muy grave, del Artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, mediante la realización de prácticas prohibidas. Según la DI dichas prácticas se vienen realizando, en algunos casos, desde 1994, es decir

bajo la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y se mantienen hasta, al menos, el año 2007.

La Ley 15/2007 está vigente desde el 1 de septiembre, sin embargo las infracciones tipificadas en la Ley 15/2007 (arts. 1, 2 y 3) y en la anterior Ley 16/1989 (artículos 1, 6 y 7), son esencialmente idénticas a excepción de los abusos de dependencia económica. El artículo 1 de ambas Leyes es idéntico, prohibiendo en ambos casos las conductas que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de restringir o falsear la competencia y entre otras prácticas prohíben el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. Por tanto y a efectos de la calificación de la infracción resulta indiferente la aplicación de una u otra norma. Tampoco parece relevante a los efectos de la sanción, puesto que aunque la DI se remite al Artículo 62.4 a) de la Ley 15/2007 para calificarla como muy grave, las conductas descritas de reparto de mercado y de clientes, también merecerían el máximo reproche bajo la Ley 16/1989. Y tampoco es relevante la ley aplicable a los posibles efectos de prescripción puesto que las conductas se han mantenido hasta 2007 o, en términos de la DI, *hasta la actualidad*.

Ante una conducta infractora continuada que se extiende bajo el imperio de dos leyes debe aplicarse, en atención a lo dispuesto por el artículo 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, aquella norma que globalmente resulte más favorable al infractor. En este caso concreto, y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto de la ausencia de ventajas para los imputados entre la aplicación de una u otra norma, el Consejo considera que resulta procedente aplicar como norma sustantiva la Ley 16/1989, bajo la que se inició y ha tenido lugar de forma mayoritaria la conducta infractora, sin perjuicio de que el procedimiento aplicado sea el de la Ley 15/2007, de acuerdo con lo previsto en la Disposición transitoria primera de la misma Ley.

Segundo Al margen de otras alegaciones y consideraciones que se analizarán a lo largo de esta Resolución las imputadas alegan vicio de origen en la instrucción por la actuación de la DI en las inspecciones realizadas. Por tanto antes de entrar en los aspectos sustanciales, este Consejo considera que procede analizar de forma ordenada dichas alegaciones.

1) Sobre la supuesta infracción del artículo 53.2 de la Ley 30/92 por actuación desproporcionada de la DI

CONSENU, en su escrito de alegaciones, considera que la copia en bloque por la DI de documentación digital y, en especial buzones de correo, es una actuación desproporcionada y contraria al art. 53.3 de la Ley 30/92 y a la jurisprudencia constitucional que hace de la proporcionalidad el límite de toda injerencia estatal en los derechos fundamentales. CONSENU manifiesta la existencia de alternativas menos restrictivas y critica abiertamente la respuesta de la DI a sus alegaciones en la fase de instrucción, afirmando que *“se escuda para justificar la copia...en*

determinadas tesis extraídas de tres resoluciones sobre investigaciones domiciliarias dictadas por el Consejo de la CNC el pasado 3 de octubre de 2008”, cuya validez estima que no puede ser traída a causa, ya que las mismas no son firmes y, al ser contrarias a Derecho por convalidar restricciones de derechos fundamentales, el recurso interpuesto contra ellas está llamado a prosperar. En cualquier caso la actuación de la DI en la inspección de 7 de febrero de 2008, fue mucho más intrusiva que las referidas en aquellas resoluciones.

Por su parte, CESPAS también pone de manifiesto una copia masiva e indiscriminada de documentación y correspondencia de sus ordenadores por parte de los inspectores, que además no se ciñó al contenido de la Orden de Investigación, accediendo la DI a un gran número de intercambios de correspondencia no relacionados su ámbito material.

Para determinar si realmente se produjo la infracción del art. 53.3 de la Ley 30/1992 y, en general, una actuación desproporcionada durante la inspección en los domicilios sociales de CONSENUR y CESPAS, se ha de acudir tanto a los preceptos que regulan las facultades de inspección de la CNC, como a los hechos recogidos en las Actas de Inspección firmadas a la conclusión de la inspección por los representantes de ambas sociedades.

Como es sabido, la función inspectora de la CNC se regula en los art. 40 y siguientes de la LDC y en el art. 13 del RDC. De la lectura de estos preceptos se deduce que la LDC ha ampliado las facultades de inspección de la CNC para el adecuado cumplimiento de su labor de preservar y promover la competencia en el mercado. Como ha señalado en otras ocasiones este Consejo, las características de las infracciones de competencia justifican la extensión de estas facultades ya que los datos, la documentación y, en suma, las infracciones que se investigan pertenecen al ámbito interno de las empresas, siendo muy alto el riesgo de destrucción de dicha información. Por ello, la LDC busca el adecuado equilibrio entre la necesaria eficacia de la Administración en el ejercicio de sus funciones y la salvaguarda de los derechos fundamentales sobre los que la actuación administrativa puede incidir. Así, la Ley habilita al personal inspector a acceder a los domicilios, (incluidos los domicilios particulares de empresarios, administradores y otros miembros del personal), locales, medios de transporte, etc., de una manera muy amplia, así como a solicitar libros y documentación, cualquiera que sea su soporte, con la posibilidad de analizarla tanto en la sede de las empresas, como en la propia CNC. Por todo ello, no puede ser declarada una infracción del artículo 53.3 de la Ley 30/92, cuando existe un título habilitante con rango de Ley -art. 40 de la LDC- para desarrollar dichas actuaciones por parte de la CNC.

De acuerdo con las Actas de Inspección expedidas el día 7 de febrero de 2008, y firmadas tanto por los funcionarios de la DI como por los representantes de las empresas, las inspecciones se desarrollaron con normalidad y acatando las facultades previstas en el citado art. 40 de la LDC y en las propias Órdenes de Investigación: los funcionarios presentaron los títulos habilitantes para poder acceder a la empresa y, una vez allí, realizaron entrevistas sobre distintos aspectos de la

investigación con personas específicas, (responsables informáticos, gerente, director administrativo financiero, director de contratación, director general, etc.); posteriormente realizaron fotocopias y copias digitales de la información seleccionada como relevante según criterios objetivos relacionados con el objeto de la inspección, y dejaron copia en la empresa de toda la información recabada. Ninguna mención se registra en las Actas sobre algún hecho insólito o abusivo acaecido durante las inspecciones, o denunciado por los empleados de la empresa. Al contrario, lo que se desprende de las Actas es la pulcritud con que los inspectores actuaron, informando puntual y precisamente de sus derechos a la empresa, de las consecuencias de sus acciones, de la conveniencia de advertir a sus asesores legales, de la necesidad de advertir la presencia de información confidencial, etc. Finalmente las Actas fueron firmadas por los representantes de la empresa, aceptando su contenido y veracidad.

De todo ello no puede deducirse más que la copia de documentación electrónica por parte de la DI, entra de lleno dentro de las facultades que la CNC dispone para cumplir sus funciones y no supone una extralimitación de las mismas, pudiendo considerarse en principio, menos invasiva que otras facultades previstas en la misma LDC, como la retención de libros o documentos durante diez días, el precinto de locales, libros o documentos o el mencionado acceso a los domicilios particulares de empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, (art. 42.2 LDC). A la conclusión de que los inspectores de la CNC no sobrepasaron sus facultades legales en las inspecciones realizadas en CONSENUR y CESPA, nos lleva también la doctrina del TS que ha afirmado con respecto al acceso a documentos incorporados a un soporte informático que, “...no se puede delimitar, en el plazo perentorio de un registro, qué es lo que afecta a la investigación y qué cosas son ajenas a la misma” (STS 1504/2003, de 25 de febrero).

Todo ello, de acuerdo además, con lo declarado por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, (TJCE) de 17 de octubre de 1989, al analizar las facultades de inspección y verificación de la Comisión Europea, en cuanto a que *“las verificaciones pueden tener un alcance muy amplio.(...) Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas”*.

Por lo tanto, la copia de determinados documentos en el momento de la inspección que, posteriormente los funcionarios, ya en la sede de la CNC, consideraran no útiles para la instrucción por estar indirectamente relacionados con el objeto de la inspección, no constituye una actuación desproporcionada del órgano investigador si, como se analiza a continuación, su búsqueda se efectuó con criterios objetivos relacionados con el objeto de la inspección.

2) Sobre la supuesta infracción de otras garantías legales y procesales debidas.

1.- En primer lugar, alega CONSENUR que la DI grabó la totalidad de los buzones de correo sin utilizar criterios objetivos y proporcionados para identificar los e-mails relevantes para la investigación, sin solicitar el consentimiento de los empleados afectados y sin realizar búsquedas selectivas, o empleando palabras clave muy amplias. CESPAN alega que en una de las palabras utilizadas fue "Cataluña", cuestionable como palabra que pueda identificar elementos relevantes de la investigación.

Respecto a estas alegaciones resulta necesario efectuar varias precisiones.

Primero, debemos recordar que las inspecciones pueden tener, de acuerdo con el nuevo régimen introducido por la LDC de 2007, un alcance amplio dentro de los límites marcados por el objeto de la investigación. Si de otro modo fuera, perderían toda su utilidad. El objetivo de una inspección de competencia es acceder a documentación que difícilmente será facilitada por la empresa de forma voluntaria, dada su condición de evidencia de una presunta infracción y su carácter secreto, que impide obtenerse por una vía distinta al ser documentación propia de la entidad.

Segundo, en las inspecciones las búsquedas de información deben ser selectivas de acuerdo con criterios proporcionados, seleccionando tanto los ordenadores a revisar como, dentro de los mismos, los archivos y documentos que pueden contener información útil para la inspección. No deben realizarse en ningún caso búsquedas o copias indiscriminadas. Las declaraciones de CONSENUR, admitiendo la copia de la información incluida en los buzones de sólo tres personas de la empresa, no pueden más que confirmar que se hace una selección muy significativa de toda la información y documentación existente en una compañía.

Por las razones anteriores, los criterios de selección de información utilizados por la CNC durante las inspecciones deben ser estipulados por la DI, y no pueden ni deben ser conocidos con antelación por las empresas, que podrían cambiar la ubicación de la información o destruirla, impidiendo el cumplimiento del fin de la inspección. Las posibilidades que brinda la moderna tecnología para eliminar documentación electrónica en breve tiempo y desde accesos remotos, (fuera del lugar donde se realiza la inspección), obliga a los funcionarios de la CNC a ser extremadamente cautelosos con los criterios de búsqueda que van a utilizar, para evitar la destrucción de posibles pruebas durante el transcurso de la propia inspección.

La reciente sentencia de la AN de 30 de septiembre de 2009, que resuelve un recurso contra la Resolución de la CNC de 3 de octubre de 2008 en materia de inspecciones, ha declarado que los criterios de búsqueda de documentos utilizados en las inspecciones no pueden ser confidenciales para el interesado, ya que determinan la selección de los documentos que serán copiados. La anterior afirmación no contradice la práctica desarrollada por la CNC, porque si es cierto que la Administración, no puede ni debe comunicar con antelación sus criterios de búsqueda o las pautas que, en cada supuesto concreto, sigue para determinar

éstos, ya que ello frustraría los fines esenciales de la inspección, es manifiesto que dichos criterios son conocidos por la compañía afectada y por sus directivos, empleados y representantes legales cuando la inspección se realiza, ya que en todo momento acompañan a los inspectores en su búsqueda.

Eso es precisamente lo que ha sucedido en este caso, como se deduce de las alegaciones sobre la idoneidad de los criterios utilizados. En concreto, CESPAA alega que se utilizó como filtro la palabra “Cataluña”, dato éste que no habría conocido si los inspectores hubieran ocultado dichos datos a los representantes o empleados de la empresa. En todo caso, como ya ha puesto de manifiesto este Consejo en anteriores ocasiones, (V. por todas, las Resoluciones de 3 de octubre de 2008, R 006/08 STANPA; R 004/08 CP España), la selección no puede ser tan restringida ni los criterios tan restrictivos como desean algunas compañías afectadas, porque ello privaría de toda eficacia a la actividad inspectora. Y en cualquier caso, no pueden ser las empresas las que deben decidir cómo se selecciona la información, ni mucho menos decidir sobre los criterios de búsqueda (incluidas las palabras clave), que la DI ha de utilizar.

Además, la alegación respecto a la excesiva amplitud de los criterios de búsqueda utilizados no va seguida de la acreditación de que mediante dichos criterios, se hayan obtenido documentos que no se encuentren relacionados con el objeto de la inspección y que hayan sido empleados en su perjuicio en el presente procedimiento, lo que, a juicio de este Consejo, priva de toda virtualidad a lo alegado por los interesados e impide apreciar alguna de las vulneraciones invocadas a la hora de calificar la actuación inspectora.

Por último, el consentimiento a que se refiere el último párrafo del art. 40.2 de la LDC, es aplicable al acceso y precinto de locales, pero, una vez obtenido, no es necesario solicitarlo nuevamente para la copia de libros o documentación existente en la empresa, que se presume comercial y no personal por encontrarse en ordenadores utilizados con fines profesionales en un centro de trabajo. Por tanto, una vez autorizada la entrada en el domicilio, los inspectores pueden acceder a despachos y obtener copias de libros y documentación encontrada en la empresa, sin el consentimiento adicional de la persona afectada, de acuerdo con la LDC y la Orden de Investigación y con su condición de agentes de la autoridad.

2.- En una nueva alegación CONSENUR estima que el juicio de necesidad que han de superar las medidas restrictivas de derechos fundamentales llevadas a cabo por un organismo público, no se ha cumplido, debido a la existencia de alternativas menos restrictivas, como la copia en discos precintados de aquellos documentos en los que apareciesen determinadas palabras clave, para su posterior apertura ante los letrados de los titulares de los buzones copiados o ante una autoridad independiente.

Además de lo expuesto previamente, en este momento solo cabe precisar que la actuación llevada a cabo por la DI en ambas sedes sociales, fue completamente garantista con los derechos de las afectadas tal y como quedó reflejado en sus respectivas Actas de Inspección y, entre las diversas opciones existentes, se optó

por la considerada menos restrictiva. De hecho, en ambos casos, se decidió no proceder al precinto de los locales, libros o documentos en interés de la empresa, (art. 40.2 LDC) y se eligió como medio la copia de documentación seleccionada mediante criterios objetivos de búsqueda (art. 40.2.c) LDC) al valorarla como menos restrictiva. Además se procedió únicamente a recabar documentación de determinados ordenadores seleccionados, como reconocen las propias partes, y no en todos los de la empresa, lo cual supone de por sí una criba significativa de información. En ambos casos fue declarada desde dicho momento la confidencialidad de lo recabado.

En el caso de CONSENUR, sus representantes no identificaron ningún documento sobre el que existiera conflicto entre el parecer de la DI y el de la empresa en cuanto a su imposibilidad de ser consultado por los inspectores, por lo que los funcionarios de la DI no consideraron necesario el precinto de la información, ni se aludió a posibles documentos afectados por la confidencialidad abogado-cliente o el derecho a la intimidad. Es más, se adjuntó al Acta la relación de documentos recabados en el curso de la inspección y tanto los discos como el Acta misma, fueron firmados inmediatamente por el representante de CONSENUR.

Por otro lado, los recurrentes no indican qué vulneración constituye la utilización de los medios de los que se ha servido la DI a la hora de efectuar la inspección ni en qué medida dicha elección supone una infracción del ordenamiento jurídico, lo que demuestra la ausencia de fundamento de la alegación para que este Consejo pueda tomarla en consideración a la hora de evaluar la actuación del órgano instructor en el ejercicio de sus facultades inspectoras.

3.- Respecto a la alegación de CESPAS y CONSENUR sobre la retención de los discos y de la información allí contenida durante más de diez meses, sin proceder a su devolución, señalar que la devolución de discos e información grabada durante la inspección, ha tenido lugar, y así lo reconoce la propia CONSENUR, señalando como fecha en la que se produjo el 19 de diciembre de 2008. En cualquier caso, desde el primer momento se informó a la empresa que al finalizar la inspección dispondría, además de la copia del Acta de Inspección, una copia de la información recabada por el equipo de inspección, debidamente cotejada y se indicó que tanto respecto a la información fotocopiada, como a la copiada digitalmente, la empresa podría identificar aquella información que pudiera estar protegida por la confidencialidad abogado-cliente, o la no relacionada con la investigación porque afectase a la intimidad del personal de la empresa, precisando en el acta el carácter cautelarmente confidencial de toda la información.

La mencionada sentencia de la AN de 30 de septiembre de 2009, recaída en un recurso interpuesto por vulneración de derechos fundamentales, considera, siguiendo la jurisprudencia constitucional (SSTC 41/1998; 14/2001), que en expedientes administrativos sancionadores, los documentos aprehendidos deben ser útiles para esclarecer los hechos investigados, de lo contrario podría darse una vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 de la Constitución).

Pues bien, lo cierto es que este Consejo no puede dudar de la correcta actuación de los inspectores de la CNC, ya que entiende que la documentación copiada en las inspecciones desarrolladas el 7 de febrero de 2008, fue recabada precisamente por considerarla útil para esclarecer los hechos investigados, al quedar incluida dentro de las búsquedas realizadas mediante criterios objetivos, sin que hasta el momento las mercantiles afectadas hayan aportado prueba alguna de la extralimitación en la recopilación de información, ni hayan identificado específicamente los documentos en los que se materializa dicha extralimitación. En cualquier caso, siendo posible que incidentalmente pueda copiarse más información de la que finalmente será utilizada para la resolución del expediente, los inspectores se comprometen desde el momento de la Inspección, y así lo hacen constar en las Actas, a devolver toda la información que posteriormente no se considere útil para la investigación.

A este respecto este Consejo debe añadir que lo que carece de justificación es el comportamiento poco diligente de la empresa afectada que, aún con copia de los documentos recabados en una investigación, no emprende ninguna actuación para la protección de sus propios derechos, identificando los documentos que pudieran exceder del objeto de la investigación, para buscar posteriormente la anulación de toda la actuación investigadora y evadir así una posible sanción. Es manifiesto que los inspectores únicamente están interesados en la información que resulte útil para la investigación concreta que están llevando a cabo, así como en el buen desarrollo de la misma de tal forma que garantice su éxito. Y ello implica el respeto estricto de las garantías legales y los derechos de las investigadas, sin que suponga impedimento para cumplir sus funciones, de ahí que se adopten desde un primer momento las cautelas previamente descritas, pero la cooperación de las empresas resulta indispensable, más aún cuando lo que se trata de garantizar son sus propios derechos. Una vez que la empresa identifica correctamente los documentos ajenos a la investigación, los funcionarios encargados de la misma no obstaculizan su devolución. Y ante divergencias de apreciación sobre determinados documentos, como puede ser el caso de documentos afectados por la confidencialidad abogado-cliente, existe un cauce más garantista que evita la vulneración de sus derechos, como es el precinto de la documentación controvertida para su posterior apertura ante los representantes legales de la sociedad.

Esta devolución se ha producido en el caso que ahora enjuiciamos, como las propias interesadas reconocen, aún cuando las mismas no han identificado los documentos, sino que se han limitado a instar a la CNC a la devolución de los que excedieran del objeto de la investigación. Por ello entiende este Consejo que el proceder de los inspectores adscritos a esta investigación, no se aparta de la doctrina establecida por la AN en su pronunciamiento de 30 de septiembre de 2009.

Por último, debemos poner de manifiesto que la tenencia de información por un funcionario debidamente autorizado en ejercicio de una potestad atribuida por Ley no es constitutiva de infracción mientras no se dedique a fines ilícitos. Pero quienes obtienen información sensible por su condición de servidores del Estado merecen, en principio, como ya señaló el TC, la confianza legítima de que cumplirán honestamente con su deber (STC (Sala 1ª) 110/1984, de 26 de noviembre).

En cuanto a la grabación de la información en el servidor de la DI, se trata de una cuestión meramente técnica desarrollada en cumplimiento del deber de custodia que debe exigirse a la CNC, que ha de tomar precauciones para asegurar la información recogida en una inspección. En todo caso, debe señalarse que la grabación de determinada información en un servidor informático de la CNC, no significa que dicha información sea de libre acceso para todo el personal del organismo, de igual modo que no todo el personal tiene acceso al DVD que contiene la información copiada porque éste se encuentre en la sede de la CNC. Por otra parte, si el temor que subyace bajo esta alegación es una posible utilización ilegítima de la misma, debemos recordar el deber de secreto que pesa sobre los servidores de lo público - art. 43 LDC- y las sanciones que lleva aparejada su violación, así como la posible nulidad derivada de su utilización ilícita -art. 62 Ley 30/92-.

3) Sobre la supuesta violación de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

1.- Inviolabilidad domiciliaria:

En lo que respecta a la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria por el volumen de documentación recabada en las inspecciones correspondientes, este Consejo se remite a lo expuesto en párrafos precedentes, en los que se justifica la legalidad y proporcionalidad de la actuación inspectora.

Como argumento adicional, la representación de CESPA, alega que el consentimiento de su representada para la inspección domiciliaria de 7 de febrero de 2008, contiene un vicio de nulidad que afectaría a la totalidad de la información obtenida en la sede social, así como a cualquier otra actuación instructora, ya que se ocultó la denegación por el Juzgado de la autorización para la inspección y, además, en el momento de obtener el consentimiento voluntario de la empresa, el inspector comunicó la facilidad con la que podría obtenerse la orden judicial.

El RDC detalla en el art. 13.3, como complemento de las previsiones contenidas en el art. 40.2 de la LDC, que para que el consentimiento del representante legal de la empresa afectada sea válido, y por tanto no viciado, es suficiente, aparte de que el personal inspector esté debidamente autorizado, que dicho consentimiento se preste previa presentación de la Orden de Investigación donde se informe del objeto y finalidad de la misma, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones e informaciones que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha, el alcance de la misma y las sanciones previstas legalmente.

En el presente caso, una vez informada la empresa de los extremos establecidos en la LDC y el RDC, no se puede sino concluir el consentimiento prestado por la misma para la inspección realizada el 7 de febrero de 2008 fue válido a todos los efectos.

En caso de ser ciertos los hechos manifestados por CESPA en sus alegaciones, y que no constan en las Actas de Inspección, lo cierto es que la CNC, aún cuando le sea denegada una autorización previa por entender que no se ha justificado el riesgo de oposición, puede solicitarla nuevamente una vez personados los inspectores en los locales de la empresa y acontecida dicha oposición, donde el carácter perentorio

de la propia inspección requerirá una declaración judicial rápida, tal y como, según la mercantil, puso de manifiesto el inspector de competencia.

Por último, resulta ineludible recordar también en estos momentos lo dispuesto en el art. 40.3 de la LDC, en cuanto las empresas *“están obligadas a someterse a las inspecciones que el Director de Investigación haya autorizado”*, lo que ha de ser completado con lo establecido en su art. 62.2 e), que declara infracción leve la obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección (recuérdese Resolución de este Consejo de 24 de julio de 2008, asunto CASER-2).

2.- Secreto de las comunicaciones:

Por lo que se refiere a la confidencialidad de las comunicaciones, declara CESPA que no han sido observadas las garantías previstas para preservar la integridad del secreto de las comunicaciones, puesto que, aún cuando se hubiere obtenido la autorización judicial, habría que sujetarse a las garantías que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) en sus art. 579, 584, 586, 587 y 588. También, expone la mercantil, las autoridades europeas utilizan métodos más garantistas y respetuosos, abriendo en presencia de los afectados los documentos o informaciones recabados durante una inspección que tienen relación con el objeto de la misma y devolviendo inmediatamente los restantes. También CONSENUR parece afirmar la violación del derecho al secreto de las comunicaciones aunque de forma genérica y sin concretar dicha lesión.

En primer término, es necesario poner de manifiesto lo declarado ya por el Consejo en su Resolución de 16 de julio de 2009, Expte. R/0022/09, PELUQUERÍA PROFESIONAL, que las garantías procesales no pueden ser trasladadas sin más, de forma “automática” de la vía penal a la administrativa, máxime cuando, como reconoce el TS, no resulta equiparable la actuación en fase de instrucción penal, en la que es el Juez quien dirige la actuación de funcionarios que carecen de habilitación legal para inspeccionar, con la actuación de funcionarios que sí gozan de habilitación legal, que están autorizados para realizar la inspección por órgano competente y en la que la intervención del juez autorizante se limita a un control de apariencia sobre la competencia del órgano autor del acto y la proporcionalidad de la medida.

A mayor abundamiento, es necesario precisar que los preceptos de la LECr cuya aplicación requiere CESPA, además de pertenecer a la legislación procesal penal, se refieren a la *“detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica”* (art. 579.1) para cuya práctica puede encomendarse *“al Administrador de Correos y Telégrafos o Jefe de la Oficina en que la correspondencia deba hallarse”*, situación muy diferente a la copia de correos electrónicos ya abiertos realizada durante la actuación inspectora de la CNC. Por ello las garantías previstas en la LECr para *“la apertura y registro de la correspondencia postal”*, no resultan de aplicación a una situación diferente como la revisión de documentación electrónica copiada en una inspección por la CNC. En todo caso, la práctica inspectora de la CNC previene los problemas que la LECr pretende atajar en los preceptos citados, al garantizar a la empresa inspeccionada y a su representación legal un control absoluto sobre los

documentos copiados desde un primer momento, conservando toda la documentación original en su poder y recibiendo del equipo inspector un soporte digital (CD o DVD) rubricado que contiene la documentación copiada, que es declarada cautelarmente confidencial. Es decir, la empresa puede controlar la documentación que se va a revisar, contando con tiempo y medios suficientes para hacer valer su derecho ante cualquier eventualidad en el tratamiento de la misma por la CNC. Por otra parte, como hemos señalado en otras ocasiones, tampoco la praxis de otras autoridades europeas de competencia ni su normativa, aunque de indudable influencia, son aplicables directamente en nuestro ámbito nacional, que debe regirse por lo que determinan sus propias normas y derechos.

En segundo término, según la doctrina del TC (STC nº 114/1984) lo que protege el artículo 18.3 CE, es la libertad de las comunicaciones que puede ser violada tanto por la interceptación de la comunicación, como por el conocimiento antijurídico de lo comunicado. Sin embargo, en la actuación inspectora de la DI no se ha producido interceptación de las comunicaciones, que se ha procedido a la verificación del contenido de comunicaciones ya producidas que se encontraban almacenadas o archivadas en formato digital en la empresa inspeccionada. Por ello, no puede decirse que se haya producido violación del derecho al secreto de las comunicaciones en su segunda acepción, puesto que el acceso al contenido de comunicaciones ya efectuadas y almacenadas en equipos informáticos o archivos no se produce de forma antijurídica, sino que se efectúa por funcionarios investidos de la condición de agentes de la autoridad (art. 40.1 LDC) debidamente amparados, en el caso de CONSENUR, por la autorización judicial, y de acuerdo a las facultades de inspección conferidas expresamente por el artículo 40.2 de la LDC.

Por último, hemos de traer a colación nuevamente la ya mencionada sentencia de la AN de 30 de septiembre de 2009 que confirma, en este extremo, la actuación de los inspectores de competencia. Por lo que respecta a la afectación del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones de los empleados, la AN ha apreciado la no existencia de tal violación, ya que la CNC no dirigió su actuación a la aprehensión de documentos privados ni a intervenir las comunicaciones ni correos de sus empleados con terceros, sino que al copiar otros documentos existentes en la empresa, también se copiaron aquéllos. De ello infiere la AN que dicha afectación carece de sustantividad propia.

Por todo lo dicho, la vulneración alegada es inexistente.

3.- Derecho de defensa: aportación de pruebas y plazo de alegaciones

CESPA también alega que el examen de toda la documentación recabada por la DI se ha realizado lejos del control de sus representantes, que no han podido valorar la información no incorporada al expediente, que podría contener elementos de descargo. Para CESPA son los imputados en un procedimiento sancionador los que deben poder decidir por sí mismos qué documentos resultan pertinentes y útiles para su defensa, y las autoridades de defensa de la competencia no pueden privar de esta facultad inherente al derecho de defensa. Citan a estos efectos la

Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión Europea, y jurisprudencia comunitaria que respaldaría esta argumentación.

Por otra parte, alega también CESP, atenta contra su derecho de defensa, la denegación por la DI de la ampliación del plazo de contestación al Pliego, en 7 días hábiles, basada en la complejidad del expediente. De esta forma se estaría también denegando implícitamente la práctica de la prueba en una fase del procedimiento dirigida a la acreditación de los hechos. Todo esto además no puede solventarse afirmando, como hace la DI, que el derecho de defensa de la empresa no queda lesionado puesto que posteriormente le asiste el derecho a solicitar al Consejo de la CNC pruebas y actuaciones complementarias, porque ello supondría dejar parte de la instrucción del expediente al Consejo en contra de la lógica de la LDC.

En primer lugar, CESP atribuye a los inspectores de la DI la incautación de correspondencia y documentación, pero no existe tal incautación por parte de la DI sino, como es práctica habitual de la CNC, una simple copia de la información que tenga relación con la investigación. Por otra parte, señala la sociedad para fundamentar su alegación una sentencia del TPI y la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión Europea. Como hemos dicho en otras ocasiones, ello, sin embargo, no es directamente aplicable a nuestros procedimientos que se rigen por la normativa nacional.

Pues bien, una vez justificada en párrafos precedentes la conformidad a derecho de la copia de la documentación y correspondencia, hay que señalar, de nuevo, que otra copia de toda la información recabada queda en poder de la empresa inspeccionada, gozando CESP durante diez meses de la posibilidad de analizar toda la información copiada y solicitar la incorporación de aquélla que consideraran relevante, especialmente por tener elementos de descargo. Además, las previsiones de los art. 31 y 32.2 del RDC y la comunicación a la empresa durante toda la instrucción de la información que va siendo incorporada al expediente, garantizan al máximo el derecho de defensa de la inspeccionada, proporcionándole toda la información de que la DI dispondrá durante la instrucción. Por tanto, el adecuado ejercicio de dicho derecho está plenamente garantizado. Posteriormente, una vez emitida la Propuesta de Resolución, las interesadas tienen un plazo de alegaciones en las que todavía pueden manifestar lo que estimen conveniente sobre la incorporación de documentos.

Si la empresa considera que existe un elemento de descargo a su favor en la documentación copiada en la sede de otra empresa no incorporado al expediente es evidente, por razones de confidencialidad, que no puede solicitar tener acceso a toda la documentación recabada en aquella otra compañía, sino que tendrá que identificar en los términos más exactos posibles el documento a que se refiere, como así ocurre en las causas sustanciadas ante los Tribunales por asuntos de naturaleza civil (art. 328. 1y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por otro lado, alega la empresa que la denegación de la ampliación del plazo de contestación a la Propuesta de Resolución solicitada, ha sido causa de indefensión, pero no puede causar indefensión el respeto de los plazos legales de cada una de

las fases procedimentales. La empresa ha podido preparar su defensa durante los diez meses que ha durado la instrucción, pues conocía desde febrero de 2008 el objeto de la investigación y las posibles sanciones aplicables; durante el proceso de instrucción la interesada ha tenido pleno conocimiento del expediente y de los documentos incorporados, y ha podido hacer cuantas alegaciones estimara convenientes y proponer pruebas. Además, el art. 49 de la Ley 30/92 regula la posibilidad de optar por una ampliación de plazo como facultad discrecional del órgano instructor, es una cuestión sobre la que éste tiene que decidir, de forma motivada, pero sin que la respuesta en caso negativo se pueda considerar lesiva del derecho de defensa de la parte, como ratifica el hecho de que el citado precepto no admita recurso contra los acuerdos en materia de ampliación de plazo.

4.- Derecho de defensa: confidencialidad abogado-cliente y secreto profesional

Por lo que se refiere a la violación del secreto profesional invocada por CONSENUR, debe señalarse que no ha existido, ya que la DI no ha compelido a ningún abogado, como titular de este derecho, a desvelar secretos profesionales. Y si a lo que en realidad se están refiriendo, es a la confidencialidad de la documentación entre abogado y cliente, amparada por el derecho de defensa recogido en el art. 24 de la Constitución, el reciente pronunciamiento de la AN de 30 de septiembre de 2009, subraya que *“es necesario que se haya producido alguna actuación u omisión administrativa que, a través de la información cliente-abogado incautada, haya provocado indefensión”*. Es por lo tanto, necesario que, mediante la actuación administrativa, se cause indefensión material en la forma definida por el TC (SSTC 4/2005, 94/1983, F.4, 70/2002, F.3.), esto es, un menoscabo efectivo del derecho por quien pide su tutela. Dicho menoscabo, en el supuesto que en este momento es planteado ante el Consejo, no ha sido justificado de ninguna forma, sino que las afectadas se limitan a alegarlo de forma genérica, por lo que no puede apreciarse tal vulneración.

Además, debemos recordar, como manifiesta la DI, que la protección de la confidencialidad en la relación abogado-cliente exige de la empresa un comportamiento activo, que comunique y razone adecuadamente los motivos por los que dicho documento se encuentra protegido y por los que el simple acceso al mismo para su análisis somero, causaría indefensión al afectado. La inactividad de CONSENUR no puede identificarse con este comportamiento activo, máxime cuando se ha limitado a una invocación genérica y no a una concreción específica de las actuaciones que vulneran el derecho examinado. Esta apreciación es, además, congruente con lo manifestado por el TPI en su Sentencia de 17 de septiembre de 2007 (AKZO, ap. 80).

Ello no implica, en ningún caso, que la DI ignore este derecho en caso de que resulte aplicable, como ha sucedido en el presente caso, ya que como explica en su escrito de 19 de diciembre de 2008: *“...se procede a la devolución de los 5 DVD'S grabados en la empresa CONSENUR en el curso de la inspección practicada (...). La búsqueda de documentos relevantes se ha efectuado con procedimientos automatizados (palabras clave). Puede asegurarse que en ninguna de las*

búsquedas efectuadas por este sistema se ha detectado ninguna comunicación entre abogado y cliente ni documentos anejos o relacionados con ellas. Si tales documentos existieran dentro del conjunto contenido en los citados soportes, no han sido seleccionados por los procedimientos de búsqueda ni identificados en cualquier otra forma”.

Es decir, en contra de lo alegado, la DI sí ha “*puesto todos los medios para evitar infringir el secreto profesional*”. De hecho, a la vista de los resultados de la búsqueda, que no detectaron documentos afectados por la relación abogado-cliente, ni siquiera ha existido el más mínimo riesgo. Por otra parte, la alegación tardía de la citada vulneración plantea dos alternativas: o bien en la documentación recabada existía información confidencial y su falta de identificación durante meses denota una falta de diligencia poco acorde con las exigencias derivadas del secreto profesional aducido; o bien la empresa conocía que la documentación recabada en la inspección no incluía documentos afectados por dicha protección, por lo que su queja relativa a una presunta infracción del derecho al secreto profesional sería gratuita.

5.- Derecho a la intimidad

Respecto a la alegación de CONSENUR relativa a que la desproporcionalidad de la grabación y retención de los discos desprecintados constituye una vulneración del derecho a la intimidad, debemos, ésta debe ser examinada a la luz de la doctrina constitucional que declara que el acceso o lectura de documentos -por funcionarios públicos en el ejercicio legítimo de sus facultades- que puedan contener datos que afecten a la zona más estricta de la vida privada no constituye en sí mismo una infracción del derecho sino una posible vulneración futura y eventual. La sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, referida a una inspección fiscal, así lo entiende al declarar que “*este Tribunal no puede pronunciarse sobre lesiones de un derecho fundamental que aún no se ha producido*”, insistiendo en la idea de que “*quienes obtienen, el secreto, por su condición de servidores del Estado, merecen en principio, y admitiendo por supuesto que pueden existir excepciones, una confianza en que cumplirán honestamente con el deber que su cargo les impone*”.

En el presente caso, el interés público queda perfectamente plasmado en el cumplimiento de las funciones que en materia de defensa de la competencia atribuye la LDC a la CNC y, más en concreto, las facultades que los artículos 39 y 40 de la citada Ley atribuye a la DI.

Por otra parte, en la citada sentencia de 30 de septiembre de 2009 la AN ha estimado que la actuación de la Administración en la inspección recurrida no supuso intromisión en la intimidad personal y secreto de las comunicaciones de los empleados, ya que la actuación administrativa no se dirigió directamente a la aprehensión de los documentos y correos electrónicos personales, sino que al copiar y aprehender otros documentos existentes en la empresa, también se copiaron documentos y comunicaciones personales. Por ello, entiende la AN en su pronunciamiento, la afectación en estos casos no tiene sustantividad propia.

Por otra parte, el TS ha señalado, entre otras en su Sentencia de 18 de mayo de 2000, que estamos ante un derecho fundamental personalísimo que no puede ser invocado por terceras personas distintas de las directamente afectadas. No cabe, por tanto, que la empresa invoque la vulneración del derecho a la intimidad de sus trabajadores, puesto que el titular de este derecho sería siempre el empleado.

Tercero El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia es según el artículo 34 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia el órgano competente para resolver, a propuesta de la Dirección de Investigación, los procedimientos sancionadores, y sus Resoluciones podrán declarar, según recoge el artículo 53 de la Ley, entre otras la existencia de conductas prohibidas o la no acreditación de prácticas prohibidas.

En su propuesta al Consejo la DI imputa a CESPAS una infracción del artículo 1 de la LDC por un pacto de no competencia con ATHISA y a CONSENUR, CESPAS e INTERLUN actuaciones en infracción de dicho artículo, para repartirse el mercado, merecedoras de sanción. Por lo que se refiere a la empresa SIS, imputada en el PCH, la DI considera que su participación en dicha infracción no ha quedado suficientemente acreditada, por lo que propone el sobreseimiento de la imputación.

El Consejo, una vez analizada la información del expediente instruido por la DI, llegó a la conclusión de que no constaban en la Propuesta de Resolución, ni en el expediente motivos suficientes que justificaran el sobreseimiento propuesto por la DI, por lo que procedió a la recalificación de la conducta de SIS, dándoles a los imputados plazo para que aleguen cuanto en derecho les convenga. Asimismo el Consejo ha levantado la confidencialidad de los Hechos Acreditados en el PCH a los efectos de que los imputados puedan ejercer en toda su plenitud su derecho de defensa.

De acuerdo con la norma, el Consejo, que es el órgano decisorio, en caso de considerar que la Propuesta que le somete la DI no califica adecuadamente los hechos recogidos en el procedimiento, antes de resolver, procederá a la recalificación de los mismos y someterá la nueva calificación a los interesados y a la DI en los términos previstos en el artículo 51 punto 4 de la LDC, que dispone lo siguiente:

“4. Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas.”

Dicho artículo de la Ley 15 /2007 atribuye por tanto al Consejo, la decisión sobre la calificación definitiva de los hechos, de igual forma que lo hacía el artículo 43 de la Ley 16/1989 con el Tribunal de Defensa de la Competencia, según el cual:

“1. El Tribunal, cuando lo estime conveniente, podrá convocar al Instructor para que le ilustre sobre aspectos determinados del expediente.”

Se oirá en todo caso al Instructor cuando el Tribunal, al dictar resolución, estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación. La nueva calificación se someterá a los interesados para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas con suspensión del plazo para resolver.

2. El Tribunal, conclusas las actuaciones, dictará resolución en el plazo máximo de veinte días.

3. Las resoluciones del Tribunal ponen fin a la vía administrativa.”

El ejercicio de esta facultad del Consejo, en relación con la anterior regulación de la Ley 16/1989, ha sido delimitada por la jurisprudencia, entre otras, y por mencionar la más reciente, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de julio de 2009, recurso número 166/2007 a instancia de IBERDROLA GENERACIÓN SA, en la que el Tribunal señala que la nueva calificación no puede causar indefensión, puesto que no incorpora nuevos elementos fácticos respecto a los contenidos en el PCH, *“Obviamente, la nueva calificación hace hincapié en determinados hechos ya investigados en la instrucción y recogidos en el PCH, pero ello no significa una introducción de nuevos elementos fácticos que dado su carácter sorpresivo pudieran causar indefensión a la parte recurrente”*, por lo que concluye que el derecho a la defensa de los imputados ha permanecido intacto y sin que se haya, por ello, infringido en ningún caso el artículo 24 de la CE, ni el principio acusatorio.

Todos y cada uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que una recalificación no menoscabe el derecho de defensa de los imputados se han cumplido en esta recalificación llevada a cabo por el Consejo. No se ha variado el título de la imputación, que sigue siendo por infracción del artículo 1 de la LDC para repartirse el mercado y los contratos. Lo único que ha hecho el Consejo es retomar la imputación del PCH, retrotrayéndose a la valoración realizada en el mismo por la DI, por considerarla más conforme con los hechos acreditados y con la propuesta de infracción por reparto de mercado sometida por la DI al Consejo, y respecto a la cual todas las partes, incluida SIS, habían tenido oportunidad de alegar y proponer prueba. En todo caso tras la recalificación los imputados han tenido nuevo trámite de alegaciones y pruebas.

Como se ve en el Pliego de Concreción de Hechos recogido en los Antecedentes de esta resolución, la DI imputa por infracción en la creación de UTES entre CESPAS y CONSENUR y entre CONSENUR y SIS. Asimismo considera acreditado, y así se recoge en múltiples hechos recogidos en el mismo, que han existido prácticas de concertación entre las cuatro imputadas, bien conjuntamente, o de forma bilateral entre ellas, para el reparto de distintos segmentos del mercado nacional de gestión de residuos sanitarios.

Es doctrina reiterada que el PCH es el documento que configura la acusación y los sujetos imputados y es la pieza clave para el ejercicio de los derechos de defensa del imputado, como ha señalado el Tribunal de Defensa de la Competencia, entre

otras, en la Resolución AENOR (69/99 RTDC 4 .09 2000). De igual opinión es una de las imputadas, CESP, que en la pág. 111 de sus alegaciones refiriéndose a un hecho que considera se ha introducido tras el PCH, dice:

“..los hechos sobre los que haya de versar el debate procesal deben quedar recogidos en un pliego de concreción de hechos (artículo 50.3 LDC), al que las partes presentan alegaciones y, en su caso, pruebas. En este contexto el pliego de concreción de hechos es un elemento de relevancia fundamental en el procedimiento sancionador al ser el acto que fija los hechos que configuran la acusación y las personas imputadas y, acotando definitivamente los elementos objetivos y subjetivos del expediente y de la supuesta infracción. La Resolución definitiva que haya de recaer no podrá referirse a hechos no incluidos en el pliego” (énfasis añadido).

Por tanto el Consejo no ha introducido ni un solo hecho ni un sujeto nuevo, ningún tipo de elemento nuevo, o en términos de la Sala de Instancia, sorpresivo, que pueda causar indefensión a ninguno de los imputados, incluido SIS, pues en el acto de trámite que es la recalificación, se han tenido en cuenta única y exclusivamente los hechos del PCH y las alegaciones al mismo del IPR, discrepando el Consejo de la valoración jurídica que de los mismos ha hecho la DI y dándoles a los imputados y al órgano instructor nuevo trámite de alegaciones.

Cuarto La DI, tanto en las conclusiones del PCH como en la propuesta al Consejo individualiza y segmenta las imputaciones por relaciones entre empresas y por las distintas formas en que se concretan las prácticas de concertación. Pero el Consejo entiende que lo importante a la hora de calificar jurídicamente una conducta es el objeto de la misma, en este caso un reparto anticompetitivo del mercado de gestión de residuos sanitarios, y no las distintas actuaciones en que se concreta su puesta en práctica.

Porque analizados los hechos que constan en el expediente, y tal como se fundamenta posteriormente, el Consejo ha llegado a la convicción de que nos encontramos ante una infracción única y continuada de reparto del mercado de gestión de residuos sanitarios.

Un acuerdo anticompetitivo puede ser un acto aislado pero más frecuentemente, en particular en estos supuestos de reparto de mercado, se trata de acuerdos multiformes, compuestos por una serie de actos o conductas que conforman un plan general y en el que los operadores económicos implicados no tienen porque participar en todas y cada una de las acciones para ser responsables del acuerdo distorsionador de la competencia.

Por otra parte, el que cada una de los participantes en un cartel desempeñe el papel que le conviene en función de sus circunstancias particulares, y por ejemplo, sólo participe en algunas de las acciones que conforman la conducta que, como un todo, es la causa de las restricciones a la competencia, no le exime de la responsabilidad por la infracción global y durante todo el periodo de la misma. Y eso, según jurisprudencia comunitaria, es tanto más cierto cuando la empresa en cuestión

conoce la conducta infractora realizada por el resto, o ha podido presumir razonablemente que era una infracción y ha asumido el riesgo. Ver entre otros el caso ANIC (Sentencia de 8 de julio de 1999, C-49/92P apartados 81 y 83)

A juicio del Consejo, de la instrucción recogida en el Informe de la DI, y dejando al margen el pacto de no competencia entre CESPAS y ATHISA que tiene su propia imputación, se deduce que el mercado de residuos sanitarios ha sido repartido a lo largo de los años entre las cuatro empresas imputadas en el PCH, incluida la empresa SIS, nuevamente imputada en fase de Consejo, lo que constituye una única y multiforme infracción del artículo 1 de la LDC.

Y dicha conducta anticompetitiva se ha llevado a cabo a través de distintas actuaciones, a saber: los acuerdos para concurrir a las licitaciones públicas en UTE (CONSENUM y CESPAS en Cataluña, Valencia y Castilla la Mancha y la de CONSENUM y SIS en Aragón), sin que haya quedado demostrado la necesidad objetiva o la eficiencia de las mismas y su repercusión en beneficio del interés general; la presentación de forma selectiva a las licitaciones públicas, presentándose para no ganar como hacen CONSENUM y CESPAS en Extremadura y facilitando de ese modo la adjudicación a INTERLUN, o absteniéndose de participar en determinados concursos. Todo ello coordinado en reuniones celebradas a distintas bandas entre las imputadas y mediante el intercambio de comunicaciones frecuentes que constan acreditadas en el expediente y que las imputadas no han negado que hayan tenido lugar.

En todo caso esto no constituye una variación sustantiva de la propuesta sometida por la DI, puesto que ésta en resumen propone al Consejo que declare una infracción del artículo 1 de la LDC por conductas continuadas de las distintas empresas, pero encaminadas todas ellas al mismo fin, reducir o eliminar la competencia, repartiéndose el mercado de gestión de los residuos clasificados como Grupos III y IV. Prueba de ello es que la DI en la respuesta a las alegaciones de CONSENUM (pág. 117 del IPR), dice lo siguiente (énfasis añadido):

“La Dirección de Investigación estima que las UTE’s entre CONSENUM y CESPAS en Cataluña, Valencia y Castilla-La Mancha son por sí mismas acuerdos anticompetitivos realizados con el objeto y el efecto de restringir la competencia en esas partes del mercado nacional. Lógicamente, si el Consejo de la CNC considera acreditada la concertación para el reparto del mercado en todo el territorio nacional, la ilicitud de dichas UTE’s quedaría subsumida en la ilicitud de la misma conducta para la totalidad del mercado y, en tal caso, los acuerdos de unión temporal no serían más que una de las estrategias de concertación entre las imputadas. No existe, pues, contradicción entre señalar el carácter ilícito de alguna de las conductas y la pretensión de que éstas formen parte de una estrategia general de reparto del mercado español”.

E igualmente se podría predicar de la UTE entre CONSENUM y SIS en Aragón y de la práctica concertada CONSENUM/INTERLUN para restringir la competencia en Extremadura, que no son más que distintas piezas del acuerdo entre competidores para el reparto del mercado de residuos sanitarios a nivel nacional.

Esta consideración unitaria de una infracción conformada por diversas actuaciones está apoyada en la jurisprudencia comunitaria que ha afirmado que en situaciones de este tipo, en que un grupo heterogéneo de empresas y durante un largo periodo de tiempo, lleva a cabo actuaciones con el objeto de reducir o eliminar la competencia en el mercado en que actúan, puede no ser adecuado ni factible que las autoridades de competencia imputen infracciones parciales y específicas para cada empresa, sino que esos supuestos pueden y deben tratarse como una infracción única. (Ver Decisión de la Comisión de 23 de enero de 2008, Caso COMP 38628-Nitrilo butadieno, párrafos 134 y 138)

Este Consejo acaba de pronunciarse en igual sentido en su reciente Resolución de 11 de noviembre de 2009, Compañías de Seguros decenal, cuando dice:

“...que el concepto de infracción única puede referirse a la calificación jurídica de un comportamiento contrario a la competencia, y que asimismo también puede referirse al carácter personal de la responsabilidad por las infracciones de las normas sobre competencia. Por ello es posible, y no contraviene ningún derecho de defensa de las empresas, el hecho de que la autoridad de competencia pueda imputar responsabilidad por la infracción compleja considerada en su conjunto aun cuando se haya acreditado que la empresa de que se trate sólo participó directamente en uno o en varios de los elementos constitutivos de la infracción. Del mismo modo, esta jurisprudencia añade que el hecho de que diferentes empresas hayan desempeñado diversas funciones en la persecución de un objetivo común no elimina la identidad de objeto contrario a la competencia y, por tanto, de infracción, a condición de que cada empresa haya contribuido, a su propio nivel, a la persecución del objetivo común (por todas, STPI de 12/12/2007, Ass. T-101/05 BASF AG y T-111/05 UCB SA, apartados 159 a 161).”

No obstante lo anterior y a los efectos de que las distintas implicadas tuvieran conocimiento de todas las actuaciones que conforman la conducta, cualquiera que haya sido la imputada que las ha llevado a cabo, el Consejo ha levantado la confidencialidad de los Hechos acreditados del PCH, dando plazo para alegaciones para que tanto SIS, ahora de nuevo imputada, como el resto de las imputadas que tenían restringido el acceso a parte de la información, pudieran alegar sobre todos los hechos y ejercer en plenitud su derecho de defensa.

La calificación jurídica que el Consejo atribuye a los hechos recogidos en el PCH es por tanto, la de una única conducta de reparto de mercado, en la que participan las cuatro empresas imputadas en el PCH, cada una en la medida y en función de su posición en el mercado y de su ámbito territorial de actuación. CONSENUR participa en todas las actuaciones, y CESPAS tiene una amplia participación, en tanto que SIS e INTERLUN son reunidas, contactadas o llegan acuerdos más concretos, limitados y restringidos a un menor ámbito geográfico, que es en el que despliegan su actividad.

Y la mejor demostración de que se trata de una multiplicidad de acciones, que forman parte de una única estrategia de concertación con un objetivo único, se

desprende de los efectos de la misma: el mantenimiento de la estabilidad que a lo largo del tiempo presentan las cuotas de mercado de las empresas, tanto a nivel nacional como por CC.AA.. En efecto según los hechos probados, a lo largo de los años la empresa CONSENUR, líder del mercado y que en teoría cubre todo el territorio nacional, tiene concentrado su negocio en unas pocas Comunidades Autónomas, así el 90% de su facturación lo obtiene en las CC.AA. de; Valencia (un 22% de sus ingresos y creciente), Galicia (18%), Castilla-León (17%), Madrid (16%), Cataluña (10%) y Murcia (7%). CESPAN por su parte tiene el 90% de su negocio en Andalucía (35%), Cataluña (23%), Castilla la Mancha (15%), Madrid (13%) y Canarias (5%). SIS obtiene un 34% en Madrid, 26% en Aragón, 22% en Valencia y 18 en Murcia. Y finalmente INTERLUN cuyo negocio se restringe a Extremadura sin competencia del resto.

Quinto .-Una cuestión a dilucidar antes de avanzar en la Resolución es la dimensión del mercado considerado en el expediente, si se trata del mercado de clientes públicos, centros sanitarios públicos como alegan todos los imputados, o al conjunto del mercado nacional de gestión de recursos sanitarios, como propone la DI.

Tienen razón los interesados al recordar el reconocimiento por la DI de que la investigación se ha centrado en los centros sanitarios públicos, siendo muy escasa la información sobre clientes privados. No obstante, y al margen de la relevancia de considerar uno u otro mercado a efectos de la multa, y aunque no exista constancia de prácticas relativas al mercado de clientes privados, resulta bastante intuitivo que lo más eficiente para repartirse el mercado y los clientes de un mercado como el que nos ocupa, es repartirse los clientes públicos, y que sea dicho reparto, el que mande y discipline el reparto de los clientes privados ubicados en las áreas geográficas de influencia de los públicos. El mercado público se provee a través de licitaciones importantes periódicas y temporales y sin flexibilidad para cambios de proveedor negociado, lo que permite conseguir el reparto llegando a acuerdos en unas pocas actuaciones, más aún cuando los clientes públicos suponen una cuota de mercado superior a la de los privados en una relación en el entorno del 60/40.

Pero es que además esta deducción lógica sobre el comportamiento de las partes en el acuerdo viene corroborada por sus declaraciones. Así CESPAN en sus alegaciones al PCH reconoce que en el País Vasco abandonó a los clientes privados al no ganar el concurso público, porque son precisamente los clientes públicos los más rentables, cuando dice:

“En el concurso licitado en el año 2001 por el Servicio Vasco de Salud, dos de los tres lotes fueron asignados a ELIRECON (en concreto las provincias de Vizcaya y Guipúzcoa). El tercer lote fue asignado a CONSENUR. A pesar de que CESPAN se presentó a la licitación, quedó fuera de mercado.

Tras esta licitación infructuosa, CESPAN retira el expediente que tramitaba ante el Gobierno vasco para la autorización de un centro de Transferencia en Guipúzcoa y decide ir dejando los clientes privados que le quedan en la zona

ya que mantener los servicios de recogida desde Madrid no era rentable para el poco volumen de residuos que podía tratar y los costes que debía soportar sin tener acceso a recursos para sufragar sus gastos”.

Por lo anterior, el Consejo considera que como dice la DI puede considerarse un único mercado de gestión de residuos sanitarios, siendo el mercado de la sanidad pública, sometido a determinadas condiciones entre otras la necesidad de licitación pública, una clara referencia para el ámbito privado, sin necesidad de hacer acuerdos expresos sobre ese ámbito del mercado.

El Consejo, no obstante y atendiendo a las alegaciones de las partes se centrará sobre las actuaciones relativas a los clientes públicos, sin olvidar que los acuerdos acreditados de reparto de los centros sanitarios públicos son necesarios y aparentemente suficientes para conseguir un reparto del mercado global de gestión de residuos sanitarios.

Sexto .- El Pacto de no competencia. Antes de entrar en la fundamentación de la infracción central de este expediente, el reparto del mercado, vamos a dedicar este fundamento a la imputación de la DI que afecta sólo a CESPA y cuya denuncia fue el origen del expediente.

Es un hecho probado que el 17 de febrero de 1998, CESPA adquirió al matrimonio XX-XX la empresa ATHISA 2-RBE (la rama de gestión de residuos sanitarios y biosanitarios) que se integró con la sociedad ECOCLINIC (perteneciente al Grupo CESPA) dando lugar a la sociedad ECOCLINIC-ATHISA, que posteriormente, en 2004 fue absorbida por CESPA. La operación de compraventa se completaba con una ampliación de capital, tras la cual el matrimonio XX-XX pasaba a detentar el 20% del capital de la nueva sociedad ECOCLINIC ATHISA, en contraprestación del precio aplazado por la venta.

Y es hecho probado (ver apartado 4.1 del HP nº X) que el contrato de compraventa en el primer párrafo de su estipulación 24 obliga a los vendedores a no competir con la nueva empresa, ECOCLINIC-ATHISA-2, durante un periodo de 5 años, contados a partir de que los vendedores pierdan la condición de accionistas de la nueva empresa. Dicha condición la pierde el Sr. XX en septiembre de 2004, por lo cual la prohibición de competir llegaría hasta septiembre de 2009, de no haber sido suspendido por la medida cautelar adoptada por este Consejo en Resolución de 9 de mayo de 2008.

En la adquisición o compraventa de un negocio existen pactos o determinadas cláusulas restrictivas de la competencia que pueden estar justificadas para mantener el valor de lo adquirido y para que la operación llegue a buen fin, y que en determinadas condiciones y por periodos determinados se consideran necesarias para el perfeccionamiento de la operación y forman parte de la misma, son las denominadas restricciones accesorias.

Ahora bien, este pacto de no competencia a primera vista excede de lo que podría considerarse una restricción accesoria a la operación en un doble aspecto, la

duración del mismo, 5 años, y la fecha a partir de la cual empiezan a contarse los 5 años (*dies a quo*), la salida de los vendedores del accionariado.

CESPA alega que las especiales características del mercado y las condiciones de la operación en la que el vendedor se incorpora como socio y como directivo en la empresa justifican la dilación en la transmisión efectiva y por tanto en el inicio del cómputo del plazo de la restricción. Y que frente a los dos años para ser considerado restricción accesorio, los 5 años era un plazo aceptado por las normas comunitarias vigentes en el momento de la firma del contrato en 1998, la Comunicación de la Comisión de 1990 (DOC 203 de 14.08.1990) cuando había traspaso de *know how*.

La DI por su parte considera (pág. 154 del IPR) que el mismo objeto del pacto es contrario al artículo 1 de la LDC, así como los efectos restrictivos de la competencia no justificados que derivan del mismo, que se manifestaron desde mayo de 2004 (o desde mayo de 2005), al intentar CESPA hacer efectivo el pacto de no competencia

Parece altamente discutible que el formato de los contenedores pueda considerarse *know how* susceptible de ser preservado con un plazo más largo de la restricción a competir. En todo caso el *dies a quo* del periodo de restricción de la competencia debería iniciarse en el momento en que los vendedores pierdan su capacidad de decidir y dar el margen necesario para sustituir las relaciones del vendedor con las administraciones licitadoras, fundamentales en el mercado.

Pero veamos la evolución de los hechos para valorar la duración del pacto y la fecha de inicio del cómputo del mismo:

La fusión real entre ECOCLINIC y ATHISA 2 RBE se produjo el 24 de noviembre del 2000. Hasta esa fecha el Sr. XX siguió siendo administrador único de ATHISA 2 y ejerció de Director General de la fusionada hasta 30 de mayo de 2002 (folio 96). A partir de ese momento queda como accionista con un 20% de las acciones

En el año 2004 y tras desavenencias entre las partes sobre el cumplimiento del Protocolo, y en uso de la estipulación vigésimo-séptima del mismo los Sres. XX-XX instaron un procedimiento arbitral contra las sociedades CESPA y ECOCLINIC por incumplimiento de contrato en distintos aspectos, entre ellos por el incumplimiento por parte de CESPA del párrafo segundo del pacto de no competencia, el que afectaba a CESPA, es decir la prohibición a CESPA de realización de actividades concurrentes con las de ECOCLINIC, salvo en la Comunidad Autónoma de Galicia. Basados en el incumplimiento de CESPA de su compromiso de no competir, los Sres. XX-XX solicitan se les eximan de su restricción de competencia.

Frente a lo instado por los Sres. XX-XX el procedimiento arbitral finalizó con la emisión, por unanimidad, de un Laudo de fecha 28 de septiembre de 2004 desestimando todos los pedimentos de la demanda y de la reconvención, a excepción de la demanda formulada por CEPESA de exigencia de cumplimiento de la obligación del pacto 4.7 del Protocolo. Es decir, que al no haberse alcanzado la cifra de resultados estipulada, el laudo declara la obligación de D. XXX y Doña XXX a satisfacer a CESPA GR, S.A. la cantidad de 1.863.137,50 euros (equivalente a

310.000.000.- pesetas) o, bien a entregar a CESPA GR, S.A. la totalidad de sus participaciones sociales en el capital de ECOCLINIC, S.L.

Y como consecuencia de dicho fallo, que supone la pérdida de su condición de socios de los Sres. XX-XX, los árbitros consideran que la prohibición de competencia *a quienes han dejado de ser socios es un acuerdo radicalmente contrario al artículo 1.1 de la Ley 16/1989*, por lo que lo declara nulo en los siguientes términos: “*Declarar la nulidad del pacto vigésimos cuarto del protocolo de 17 de febrero de 1998, por cuanto infringe lo dispuesto en la legislación sobre Derecho de la Competencia*”.

Pero CESPA en diciembre de 2004 recurre el Laudo en lo referido al pacto de no competencia y el 30 de marzo de 2007, la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia declarando la nulidad del Pronunciamiento del Laudo que declaraba a su vez la nulidad del Pacto 24º del Protocolo, porque no había sido una cuestión sometida arbitraje

Es decir que el Laudo declara nulo el pacto en el 2004 coincidiendo con la pérdida de la condición de socio y por tanto del inicio del cómputo de los 5 años. Por tanto el pacto tiene vigencia formal desde 2002 en que deja de ser Administrador Único hasta la fecha de Laudo, 28 de septiembre de 2004 y vuelve a estar vigente formalmente en 2007 hasta la medida cautelar.

Ahora bien incluso en el periodo en que formalmente el pacto estaba anulado, CESPA siguió invocando la obligatoriedad de la cláusula y recordando a ATHISA las consecuencias de su incumplimiento, así en escrito de 21 de noviembre de 2005 (folio 7.292) CESPA, tras constatar que ATHISA ha sido adjudicataria del concurso para el servicio de gestión y eliminación de residuos sanitarios de riesgo en el Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria, remite una carta a ATHISA con el siguiente contenido:

“Por ultimo le requerimos formalmente para que bien individualmente, bien a través de Athisa o cualquier otra sociedad participada por Ud. se abstenga de concurrir a cualquier licitación que s e encuentre amparada por la cobertura del pacto de no concurrencia, en tanto no devenga firme el pronunciamiento del laudo en sus actuales términos”

Y reitera el requerimiento el 21 de mayo de 2007, tras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid.

El Consejo coincide con CESPA en un análisis caso a caso de los pactos de no competencia y su posible calificación como restricciones accesorias, pero el pacto que nos ocupa, sólo tiene justificación como seguro del mantenimiento del valor de los bienes adquiridos en el periodo posterior a la salida del Sr. XX de Director General de la fusionada, el 30 de mayo de 2002, pues su condición de accionista con un 20%, no le da ningún control ni poder en la empresa y desde luego CESPA no lo ha alegado. Por tanto tal como dice la DI, la aplicación del pacto a partir de mayo de 2005, (3 años después de la salida del Sr. XX de la gestión de la empresa) no puede ser considerado restricción accesoria a la operación de adquisición de

ATHISA 2 por CESPА y el mismo debe ser analizado como una restricción del artículo 1 de la LDC.

Y es un hecho probado que CESPА de forma reiterada y cuando ya no existía ningún valor a preservar ni era necesario para garantizar la continuidad del negocio adquirido, intenta mediante el pacto y la amenaza de acudir a los tribunales para exigir la indemnización por incumplimiento del mismo, impedir la entrada de un competidor al mercado. Por tanto, la inclusión de la cláusula restrictiva más allá de lo aceptable como restricción accesorio en el contrato en el año 1998, debe ser considerada una infracción por objeto que no necesita mayor indagación sobre su alcance restrictivo.

En consecuencia, la inclusión de la cláusula en el contrato de adquisición, constituye una infracción por objeto sancionable en sí misma desde el año 2005. Y dicho objeto de restringir la competencia ha sido reforzado y ejecutado por la reiterada utilización de la cláusula por CESPА, invocando su cumplimiento y las consecuencias de no hacerlo cuando los antiguos dueños de ATHISA trataban de entrar en el mercado, concurriendo a concursos públicos a través de otras empresas como AMBIMED o AMBIFACE y por lo que este Consejo ha tenido que dictar una medida cautelar

Séptimo El reparto de mercado. Como ya se ha anticipado en el Fundamento de Derecho cuarto anterior, el Informe y propuesta de resolución de la DI ha llevado a este Consejo a la convicción de que nos encontrábamos ante una práctica continuada de reparto del mercado de gestión de los residuos sanitarios entre al menos las cuatro empresas imputadas y procede por tanto fundamentar la acreditación sobre la base de los datos contenidos en el mismo.

La situación del mercado y en concreto la descripción recogida en lo HP nº 4 sobre la implantación por Comunidades Autónomas de las imputadas, sin que existan cambios reseñables a lo largo de todo el periodo analizado, permite presumir cuando menos un respeto del ámbito territorial del competidor. Y dicho respeto parece extenderse tanto al ámbito de contratación pública como a la privada. Es decir, el hecho de que cada una de ellas concentre la mayor parte de su negocio en unas determinadas Comunidades Autónomas y que dicha concentración se vaya reforzando a lo largo de los años, haciéndose cada una de ellas más fuerte en “sus” territorios, por ejemplo la facturación de CONSENUR en Valencia pasa de un 13% en 2002 a un 23% en 2007; o CESPА que en Andalucía pasa de obtener el 30% de su facturación en 2002 a representar el 41% en 2007, es un indicio claro de la existencia de un acuerdo y de un respeto mutuo del territorio y de los clientes.

Ahora bien el Consejo es consciente de que esta percepción intuitiva y no desacreditada de forma inequívoca por los imputados en sus alegaciones, de que las cuatro empresas imputadas se han repartido el mercado, al menos el mercado de contratación pública, exceptuando Asturias y Cantabria y una parte del País Vasco, y que lo han hecho en infracción de las normas de competencia y en beneficio propio, debe estar apoyada en pruebas fehacientes de que la configuración del mercado descrita, es el resultado de un acuerdo entre las mismas y no fruto de

las características especiales y de la regulación del mercado de residuos sanitarios peligrosos, como alegan las imputadas.

Y a esos efectos en el expediente constan tanto pruebas directas, la formación de UTES en los términos que se recogen en siguientes fundamentos, como pruebas indiciarias que analizaremos en los siguientes fundamentos. Pero antes de ello el Consejo quiere subrayar que las imputadas no han desacreditado los hechos descritos en el apartado Hechos Acreditados del Pliego de Concreción de Hechos que constan en el Informe Propuesta de Resolución de la DI y que se recogen en los Hechos Probados de esta Resolución, sino que se han esforzado fundamentalmente en desacreditar la forma en que fueron obtenidos, a lo que se ha respondido en el Fundamento de Derecho segundo, y la interpretación que se hace de los mismos. Por tanto el juicio de este Consejo se basa en dichos hechos acreditados, con las correcciones, matizaciones y explicaciones de los mismos realizadas por las partes en sus alegaciones, tanto las remitidas en la fase de instrucción, alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos, como las remitidas tras el Informe y Propuesta de Resolución de la DI y tras la recalificación realizada por el Consejo.

Octavo Como prueba directa de acuerdos entre las imputadas consta acreditación de la realización de UTES recogida en el apartado 3 de los Hechos probados, punto 4.2.

CONSENUUR y SIS se presentan en UTE en Aragón desde 2002 en que les adjudican el concurso “Residuos SALUD 2002/2004” en competencia con otros licitadores. Al concurso posterior, “1 DG/06” en 2006, acude la UTE CONSENUUR/SIS sin competencia, adjudicándose el contrato hasta 2008 y posteriormente prorrogado hasta 2010.

CONSENUUR y CESPAS se asocian en UTE para el concurso de 2004 de Castilla la Mancha “DGEI/14/04”. Hasta ese momento la adjudicataria era CESPAS, pero para ese concurso van conjuntamente, CONSENUUR no entra a competir sino que se une a CESPAS y se presentan como únicos licitadores. El contrato se les prorroga a cada vencimiento.

En Valencia concurren en UTE al concurso de 664/2006 que les adjudican y en Cataluña forman la UTE en 2005 también exitosa. También en 2005 concurren en UTE al concurso del Hospital de la Candelaria en Tenerife, pero no fueron adjudicatarias, sino que gana ATHISA, como ha alegado CESPAS.

Por tanto al menos a partir de 2002 se percibe una estrategia de CONSENUUR CESPAS y SIS de acudir conjuntamente a los concursos o licitaciones públicas, en sus ámbitos territoriales. Pero tienen razón las imputadas en sus alegaciones que la creación de UTES en sí mismas no constituyen un acuerdo anticompetitivo y los acuerdos para su formación deben analizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se producen. El predecesor de este Consejo, el TDC dice en su Resolución de 20 de enero de 2003, (Expte. r 504/01, Terapias Respiratorias Domiciliarias fundamento de derecho 7) que *“Sólo cuando las empresas concertadas carecieran de la capacidad suficiente para*

alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual, podría establecerse que no hay afectación de la competencia.”

En similar sentido se pronuncia la Comisión Europea en su Comunicación, *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal* (Diario Oficial nº C 003 de 06/01/2001), punto 143 al que hace referencia CONSENUR en sus alegaciones, que de forma completa dice,

“143. Los acuerdos de comercialización contemplados en esta sección sólo entran en el ámbito de aplicación de las normas de competencia si las partes en el acuerdo son competidoras. Si es manifiesto que no compiten en el terreno de los productos o servicios a que se refiere el acuerdo, éste no puede crear problemas de competencia de naturaleza horizontal. Sin embargo, el acuerdo puede comprenderse en el apartado 1 del artículo 81 si contiene restricciones verticales, como restricciones sobre ventas pasivas, mantenimiento de precios de reventa, etc. Lo mismo ocurre si la cooperación en el ámbito de la comercialización es objetivamente necesaria para permitir que una parte acceda a un mercado al que no habría podido acceder por su cuenta, debido por ejemplo a los costes que ello implica. Una aplicación específica de este principio se daría en el caso de los acuerdos de consorcio que permiten a las empresas participantes presentar ofertas verosímiles para proyectos que no podrían llevar a cabo o en los que no habrían participado de forma individual. Dado que, por esta razón, no son competidores potenciales en la licitación de que se trate, no se produce restricción alguna de la competencia”.

Es evidente y no lo han negado las imputadas que son competidoras entre si para la prestación del servicio de gestión de residuos, por tanto la cuestión a dilucidar es si las empresas tenían capacidad suficiente para prestar el servicio y para presentarse de forma individual a la licitación o si la presentación conjunta era la única vía de participación en el concurso.

CESPA y CONSENUR son las dos empresas más importantes del sector y tienen capacidad técnica y financiera cada una de ellas para hacer frente a las licitaciones. SIS, con algunas salvedades que alega, también. Pero además prueba de ello es que CONSENUR y SIS anteriormente concurrían por separado, y CESPA y CONSENUR, prestaban en solitario el servicio en Castilla la Mancha y Valencia respectivamente, mientras que tras el acuerdo lo hacen conjuntamente pero manteniendo el liderazgo respectivo.

Alega SIS, y la DI acepta dicha alegación que dado su tamaño y capacidad financiera, de no formar la UTE con CONSENUR, podría no tener acceso al mercado de compras públicas de Aragón y en el medio plazo verse abocada a desaparecer del mercado, por lo cual su asociación con CONSENUR en Aragón debe ser considerada pro competitiva. Existe lógica en las alegaciones de SIS y en las apreciaciones de la DI, y las características de SIS deberán ser tenidas en cuenta en la responsabilidad de cada empresa en el reparto de mercado y a los efectos de la sanción, pero no es menos cierto, como se argumenta en el Fundamento de

Derecho Cuarto, que eso no exime a SIS de haber formado parte de un acuerdo general con un claro objetivo de repartirse entre unas pocas empresas el mercado de gestión de residuos de la sanidad pública y por extensión el mercado de gestión de residuos nacional.

Dice CESPAS (pág. 27 de sus alegaciones), que el equilibrio entre demanda del mercado y capacidad de tratamiento condiciona y obliga a subcontrataciones y a la formación de UTEs. El Consejo no pone en duda que un adecuado dimensionamiento de la empresa es vital, pero eso no explica que CESPAS ceda una parte del negocio a CONSENUR en Castilla la Mancha, donde acuden 80/20 liderando CESPAS al concurso DGE/ 014/04, cuando hasta ese momento el servicio lo prestaba sólo CESPAS, única con planta en la CA y con otras próximas como Murcia (de Albacete) y Arganda del Rey (de Guadalajara). Y menos se explica la necesidad cuando durante los primeros meses de la UTE, CESPAS sigue prestando el servicio en solitario y, CONSENUR sólo empezó a participar y retirar residuos en Guadalajara y Albacete a partir del 2 de noviembre de 2004 (pág. 48 alegaciones de CESPAS) ¿Cuál es la razón para ir en UTE con una empresa que no está en disposición de prestar el servicio, si no es porque forma parte de un acuerdo más amplio de reparto?, ¿y durante dicho periodo a donde se llevaban esos residuos?.

Y viceversa, no hay justificación para que CONSENUR en Valencia en los concursos de 2003 y 2006 vaya con CESPAS en un 80/20 pero liderando CONSENUR. Igual se puede decir de CONSENUR con SIS en Aragón.

Incluso aceptando que en Cataluña la participación de CESPAS en la UTE fue obligada por falta de autorización, no se explica que CONSENUR no aprovechara esa situación.

En todo caso los acuerdos previos entre competidores que son las UTEs no caerían bajo las normas de competencia si fueran la única forma de poder proveer ese servicio, lo que no se ha acreditado, en caso contrario están sometidos a las normas de competencia, sin perjuicio de que puedan eximirse de las mismas si cumplen los requisitos del artículo 1.3 de la Ley 15/2007 (art 3 de la Ley 16/1989).

Ahora bien, para el cumplimiento de los criterios de artículo 1.3 de la LDC la carga de la prueba recae en la empresa que la alega, y las imputadas no lo han hecho. CONSENUR en sus alegaciones dice que su *“escrito no contiene una argumentación detallada efectos del artículo 1.3 de la LDC al considerar CONSENUR que no está obligada a preparar las costosísimas justificaciones...”*. Curiosa argumentación la de CONSENUR que ha presentado prolijas alegaciones para, por ejemplo, desacreditar la forma en que han sido obtenidas las pruebas, más interesada en analizar el comportamiento de la DI e intentar anular todo el procediendo que en demostrar que no ha habido infracción de las normas de competencia.

Por tanto, con los antecedentes anteriores y otros a los que se remiten las imputadas como *“Ambulancias Conquenses”*, no pueden alegar confianza legítima sobre la no afectación a la competencia de la creación de UTEs.

No obstante en el caso que nos ocupa, como bien dice la DI, la formación de UTES constituye un hecho más en la estrategia anticompetitiva, que unido al conjunto de evidencias e indicios que se analizan en los fundamentos siguientes acreditan el reparto concertado del mercado y la distribución entre las cuatro imputadas de zonas y clientes.

Noveno Aunque la gestión del reparto parece recaer en las dos principales empresas del sector CESPА y CONSENUR y en particular en ésta última, no es menos cierto que dicho acuerdo no hubiera sido sostenible en el tiempo, si las otras dos empresas SIS e INTERLUN no apoyaran el mismo, cumpliéndolo, sin competir en los concursos públicos, cada una en su ámbito territorial y en función de sus especiales características e intereses.

En efecto entre las cuatro imputadas, como puede verse en el cuadro 5 del Informe Propuesta de Resolución, se reparten el territorio: en Galicia, Castilla y León y en Baleares, sólo está CONSENUR. En Andalucía, Canarias y Rioja, sólo CESPА de las cuatro. Y a través de UTES, con liderazgo alternativo se reparten entre ambas Castilla la Mancha (que lidera CESPА), Valencia (lidera CONSENUR) y Cataluña; SIS, que a diferencia de las demás tiene una mayor proporción de privado que de contratación pública (un 66% cuando en los demás no llega al 50%), se mantiene en las 4 CC.AA., en Murcia y Aragón con CONSENUR y en Valencia y Madrid a tres. Por su parte INTERLUN tiene y mantiene Extremadura desde 2002.

El Consejo considera que esta situación de estabilidad del mercado a lo largo de los años no puede obedecer más que a un reparto de mercado entre, al menos, las cuatro imputadas. Y para acreditarlo están las pruebas directas que suponen los acuerdos para concurrir conjuntamente a los concursos públicos y las múltiples pruebas indiciarias recogidas en los hechos probados.

Los imputados y particularmente CONSENUR alega que la estabilidad de las cuotas y el reparto por CC.AA., tiene una justificación razonable distinta del acuerdo para reparto y que la presunción de inocencia exige de los órganos de competencia demostrar la culpabilidad más allá de toda duda razonable, es decir demostrar que no existe ninguna otra explicación racional. Y esto lo alega sin dar una explicación razonable sobre la relación continua entre competidores que se produce en este mercado y que se ha acreditado y consta en los hechos probados.

En los hechos acreditados del PCH que se recogen en los HP de esta Resolución, se relacionan múltiples reuniones u otras relaciones entre las empresas del sector y mas concretamente con las empresas imputadas entre los años 2004 a 2007, periodo recuperable del correo electrónico del personal de CONSENUR. En ese tiempo se recogen no menos de 35 relaciones con CESPА, 11 con SIS y 5 con INTERLUN.

Con carácter general las imputadas, aunque rechazan la interpretación que de los hechos hace la DI, no refutan que se hayan producido dichos relaciones. CESPА

reconoce que las reuniones acreditadas entre empresas del sector eran de promedio una al mes, (ver alegaciones al PCH pág. 46).

Por lo que se refiere al contenido o temas tratados en estas reuniones o conexiones varias, aspecto importante, puesto que los imputados no niegan la existencia de dichas relaciones entre ellas, pero sí que el objeto de las mismas sea restringir la competencia, no siempre es conocido, pero podemos ver algunos temas de los tratados en notas anejas o en los correos electrónicos intercambiados.

A continuación vamos a extraer del total de hechos acreditados recogidos anteriormente, aquéllos que de una forma más clara y evidente nos permiten razonar de forma unívoca, que un reparto del mercado es la única explicación razonable para que se mantenga en el tiempo una distribución del mercado tan estable entre las imputadas y para que se consoliden las reservas por CC.AA..

Por ejemplo en la preparación de la reunión de 27/10/2004, entre CONSENUR y CESPA (ver HP 3, apartado 4.3), se dice entre otras cosas que, *“Para los grandes concursos precios actuales de Madrid $\times 1,038 \times 1,22 \times 1,25$ ”*. La explicación dada por los imputados de que se trata de un acuerdo dentro de la UTE de Castilla la Mancha no se sostiene, pues como bien dice la DI, el término “grandes concursos” no puede referirse a uno en particular (Castilla la Mancha), sino que tiene un alcance más general, y sea cual sea la explicación de los factores multiplicadores (inflación, etc.), es evidente que se utilizan los precios de Madrid como referente para los grandes concursos que se convoquen. Y es más, anuncian una próxima reunión para acordar los precios de *gestores intermedios*, posiblemente para concursos de un tamaño menor.

CESPA y CONSENUR se intercambian revisión de precios para Madrid y la oferta económica para el Hospital de Burgos (HP 3, apartado 4.4, letras c y e).

Un ejemplo ilustrativo del reparto lo constituye la carta del Sr. XX de 20 de febrero de 2006, (HP 3, punto 4.6.2), relativa al concurso del Hospital de Murcia en el que se planifican las bajas de precio a presentar por las distintas empresas, entre ellas SIS, para que en unión con otros factores distintos del precio asegurar la adjudicación a CONSENUR. El que finalmente no se llevara a efecto lo planificado, tal como se describe en la carta, es decir, que SIS ni siquiera concurriera a dicho concurso como afirma la imputada y ha quedado acreditado a solicitud de SIS en la certificación remitida por el gerente del Hospital, con fecha 3 de diciembre de 2009, no demuestra que SIS no fuera conocedora del reparto. El personal de CONSENUR/CLAERH da por descontada la presentación de SIS al concurso de Murcia con la baja que le digan. Esa seguridad en la colaboración de SIS es indicio de la participación de SIS en la estrategia de reparto.

Tampoco puede ser coincidencia la igualdad en los precios entre las ofertas que hacen CESPA y CONSENUR para los 3 lotes, en que se dividen los concursos de Madrid de 1997 y 2003. En efecto en el concurso de 1997 el precio ofertado por CONSENUR para los lotes 1 y 3, es idéntico al ofertado por CESPA para el lote 2, siendo adjudicatarios ambos respectivamente de dichos lotes. Y curiosamente los

precios ofertados por CONSENUR para el lote 2 y por CESPAN para el 1 y 3, son también idénticos entre si y más elevados que los anteriores. Es cierto que en ese concurso había otros dos competidores y que uno de ellos, FCC presentó precios más bajos para los lotes 2 y 3, sin conseguir la adjudicación, posiblemente debido a otros aspectos de la oferta. Pero la existencia de otros competidores y por tanto de cierta competencia no invalida el elemento de acuerdo previo y reparto de lotes entre las imputadas CONSENUR y CESPAN, que muestra la total coincidencia de precios y de porcentaje de reducción sobre precio de salida entre CESPAN y CONSENUR.

En el concurso de 2003, ya sin competidores, los precios presentados por CESPAN y CONSENUR para los tres lotes son totalmente idénticos. La adjudicación es la misma del concurso anterior, manteniéndose la situación. Pero un aspecto a subrayar en este concurso, a diferencia del de 1997 en que había competidores, es que las reducciones que ofertan sobre el precio de salida son nulas o mínimas. De los 6 componentes de cada lote, sólo se oferta por debajo del precio de salida en 2 de ellos y sólo dos céntimos de euro (no llega al 2%). Por el contrario en 1997 las reducciones sobre el precio de salida fueron en todos los componentes y superaban el 20% de descuento por lote. Y no puede considerarse que esa menor reducción sea porque los precios de salida fueran más ajustados, porque en aquellos componentes que se mantienen, es evidente a simple vista la subida experimentada: lo que en 1997 se ofertaba a 155 pesetas ahora se hace a 1,13 Euros y el Centro de Salud pasa de 135.625 pesetas a 1.012 Euros. Se aprecia el incremento de coste para el presupuesto público de la Seguridad Social de la falta de competencia.

En relación con el concurso de los hospitales públicos de MADRID en el año 2007 en el que se produce un cambio en la situación al incorporarse al concurso una serie de nuevos hospitales, tanto los gestionados por la Administración como los de gestión privada, alega CONSENUR que nada en el documento de alternativas de reparto de hospitales por áreas o por camas (HP 4.4.7) acredita que el mismo sea más que un documento unilateral y que el resultado de la licitación demuestra que no ha existido acuerdo.

El que la adjudicación final de los hospitales entre CESPAN, CONSENUR y SIS, haya sido distinta de los planteamientos previos que se encuentran en la documentación de CONSENUR, en que asignaba el reparto en función de áreas geográficas o por número de camas, no refuta la idea de un reparto entre las tres. Por el contrario permite deducir que CONSENUR no consiguió sus deseos, sino que en su caso el acuerdo final de reparto al que llegaron fue peor de lo que esperaba o de la propuesta de partida con la que acudió a la posible reunión con los otros dos operadores. Es cierto que no tenemos constancia fehaciente de la celebración de la reunión/comida prevista, cosa por otra parte habitual en este tipo de infracciones en el que se procura no dejar rastros. Pero sobre este concurso la DI ya había aceptado las alegaciones de los imputados razón por la que el Consejo no ha considerado necesario hacer las pruebas propuestas por SIS. Pero lo que no refuta la distinta asignación respecto a la información recogida en CONSENUR es la existencia de reparto. Y en todo caso la posible ruptura de un acuerdo en un momento dado, no exime de la existencia del mismo con anterioridad,

La participación de INTERLUN en el reparto es tan manifiesta en los Hechos Probados (HP 3 puntos 4.8, 4.9) que no merece mayor explicación. Extremadura es para INTERLUN desde 2002 y CONSENUR presenta ofertas para los concursos para dar apariencia de competencia y lo hace sin recatarse a través de la misma INTERLUN. En el año 2003 CONSENUR se presenta, a través de INTERLUN, al concurso del Complejo Hospitalario de Badajoz, (correo de 18 de agosto de 2003) e igual hace al concurso del Servicio Extremeño de Salud, CSE 00/04/05, (correo de 17 de marzo de 2005), y con unos precios superiores a los de INTERLUN como ésta misma reconoce (folio 7.316).

De no tener otras ofertas la Administración extremeña podría no adjudicar el concurso y repetirlo y de este modo la adjudicación es para la oferta más económica, INTERLUN. Es cierto que INTERLUN además de competidor es cliente de CONSENUR al que compra los contenedores. Y eso puede explicar que a CONSENUR no le interese trabajar directamente en Extremadura, siempre que como dice en el caso de Murcia, esté controlado el mercado. Pero no explica la falta de interés por ese mercado de otros competidores como CESPA.

Por último y para no ser exhaustivo con todos los intercambios y comunicaciones entre las empresas que se recogen en los Hechos Probados, mencionar los correos electrónicos entre los Srs. XX, de CESPA, y XX, de CONSENUR, el 20 y 21 de marzo de 2007 (ver HP 3, apartado 4.11) que son representativos de las relaciones y el tono empleado en las mismas entre las cuatro imputadas.

En estos correos, en los que se mencionan reuniones entre CESPA, CONSENUR y la ONCE (SIS), se habla de “acuerdos”, “compartir estrategias” “replantearse la estrategia nacional”, etc. Y el tono es de confianza y “habitualidad”, aunque en este caso concreto se muestra enfado por algún incumplimiento del acuerdo, cuando dice que, *“no me gusta que compartamos estrategia para que luego CONSENUR actué de forma independiente y unilateral”*. No obstante se recuerda la larga trayectoria de entendimiento entre ellos (trece años).

Estos correos electrónicos son elocuentes en si mismos, pero aunque no fueran tan explícitos acerca de la existencia de una *estrategia común*, el lenguaje empleado deja pocas dudas de la relación entre ellos, al igual que ocurre con los correos con INTERLUN y de que no es un hecho aislado sino una práctica habitual. En este sentido el TJCE en su Sentencia de 15 de marzo de 2000 (Caso 104/95 Cimenteries CBR SA), dice respecto a las deducciones basadas en el lenguaje:

“Debe señalarse que, si bien los télex evocados por la Comisión en el punto 20, apartado 5, de la Decisión impugnada tan sólo dan testimonio de intercambios de tarifas en mayo de 1983 y en abril de 1986, el tono directo utilizado por Vicat y Buzzi, así como la espontaneidad con la que se comunicaron sus respectivas tarifas, sin explicar o pedir a la otra en ningún caso que explicara las razones que motivaban tales solicitudes de información acerca de las tarifas, indican que dichos intercambios eran práctica corriente”.

En los párrafos anteriores se han singularizado algunos ejemplos que explican, sobre los hechos acreditados, la instrumentación del reparto del mercado de gestión de residuos sanitarios, repartiéndose los concursos públicos y la participación, cada uno en función de sus intereses, de los imputados en el mismo.

Alegan los imputados, lo hace insistentemente CONSENUR, que la presunción de inocencia exige demostrar la culpabilidad más allá de toda duda razonable y que es la autoridad de competencia quien debe probar, fuera de toda duda, la infracción de las normas de competencia. Pero si bien es cierto que este Consejo debe probar la infracción, no es menos cierto que dada la acumulación de acciones recogidas en los HP, que permiten presumir la existencia de un acuerdo, es responsabilidad de los imputados dar explicaciones plausibles que contrarresten esa convicción de los órganos de competencia. No basta que nieguen la interpretación realizada por la DI, es necesario que muestren en detalle que la información no es correcta, o que las conclusiones son erróneas o inconsistentes. Nada de eso han hecho. Por lo que se refiere a la información sólo han refutado una parte mínima, y en cuanto a la valoración se limitan a refutar aspectos concretos y parciales sobre la finalidad de una reunión o la interpretación de un e-mail, pero no la valoración de forma conjunta de los hechos.

Los acuerdos para repartirse el mercado o para fijar precios rara vez pueden demostrarse de forma directa o documental y la única forma de hacerlo es por evidencias circunstanciales, que a su vez, como vemos en la Sentencia del TJCE en el caso Cimenteries antes citado, permiten presumir de forma fundada la existencia de acuerdo. Porque es la visión general del mercado y del comportamiento de los agentes lo que permite a las autoridades de competencia llegar a la convicción de que la única explicación de esos resultados y esos comportamientos es la existencia de un acuerdo. En este tipo de acuerdos, secretos por naturaleza, no es exigible la acreditación de que todos y cada uno de los hechos de la pluralidad de acciones que llevan a cabo los operadores y que forman parte de la estrategia anticompetitiva, constituyan una infracción, sino que la infracción la constituye precisamente ese conjunto de hechos, con una finalidad muy determinada, incluso si de forma aislada cada uno de ellos no pueda reputarse como contrario a las normas de competencia por objeto.

A estos efectos no es ocioso recordar que ya desde 1975 la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE, (STJCE de 16 diciembre 1975, en el caso 40/73 y acumulados, caso SUIKER), estableció que lo que buscan las normas de competencia es que los operadores económicos determinen de forma independiente su política comercial en el mercado y de ahí que prohíban todo acuerdo o práctica concertada, en resumen todo contacto directo o indirecto que tenga por objeto distorsionar la competencia.

Y lo que se evidencia en los hechos probados y queda firmemente acreditado en este expediente, es que los 4 operadores no han actuado de forma independiente, muy al contrario, reconocen de forma expresa haber llevado una estrategia conjunta de largo recorrido en el mercado de la gestión de los residuos sanitarios.

También recuerdan los imputados en sus alegaciones los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional y reiterados por el TS en múltiples Sentencias para el uso de la prueba de presunciones, que inevitablemente es necesaria en este tipo de acuerdos secretos.

En efecto los órganos jurisdiccionales, Tribunal Supremo y Audiencia Nacional ya se han pronunciado reiteradamente sobre el tema sobre la base de la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que la prueba de indicios, cuando estos son consistentes, debidamente trabados entre si y llevan a una conclusión lógica, permiten desvirtuar la presunción de inocencia. Y esas exigencias, ciertamente estrictas, son muy claras en su aplicación al ámbito de competencia. Tomaremos por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2000, en los recursos nº 373/1993 y 50/1995, acumulados, interpuestos por ASCENSORES CENIA, S.A., ASCENSORES RYCAM, S.L. Y TALLERES M.F.M, que en su fundamento SEGUNDO recoge lo siguiente:

“SEGUNDO.- De la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (174/1985, 175/1985, 229/1988), puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo”.

Y tiene especial interés lo que la Sentencia resalta, y que se transcribe a continuación:

“Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda.”

Este pronunciamiento de nuestro TS, reiterado recientemente en STS de 3 de febrero de 2009, coincide con la jurisprudencia comunitaria en que en los supuestos de cártel, sin perjuicio de que la carga de la prueba corresponda a la autoridad de competencia, una vez que ésta de forma consistente y coherente con los hechos, llega a la firme convicción de que existe una infracción, corresponde al imputado presentar pruebas en contrario y no basta con que exija la prueba fuera de toda duda.

En el caso que nos ocupa es un hecho que los indicios están probados. Los imputados no niegan los hechos, sino la interpretación que de los mismos hace la DI, como reiteradamente se recoge en las alegaciones, hasta el punto de que CONSENUR, al no poder refutar los hechos de base recogidos en el IPR, propuso al Consejo como actuación complementaria, financiar la realización por un perito experto en la materia de un informe sobre la verosimilitud de sus explicaciones de los hechos.

O pretenden invalidarlos alegando violación de derechos en la obtención de los mismos, cuestiones a las que se ha respondido en el Fundamento de Derecho Tercero.

Frente a las alegaciones de las partes la interpretación de los hechos no es arbitraria ni caprichosa. Es racional, consistente y respaldada por evidencia suficiente y a juicio del Consejo, las alegaciones de las imputadas no han invalidado dicha interpretación.

Décimo Alega CONSENUR que las normas de competencia no imponen la obligación de competir. Pero las normas de competencia si prohíben las acciones, cualesquiera que sean, dirigidas a suprimir o debilitar la competencia. Por tanto, si bien la ausencia de las empresas en los concursos no es en sí misma una infracción, dicha ausencia junto con el resto de hechos evidencia la estrategia común y la no independencia en el diseño de la política comercial de cada uno.

Porque como ha quedado acreditado las imputadas se presentan de forma muy selectiva a las licitaciones. CONSENUR se presenta sin competencia en Castilla y León y no compete en Andalucía o Rioja. CESPAS va sola en La Rioja. En Andalucía en 1999 gana SIS un concurso, pero al siguiente ya no se presenta.

O bien se presentan de forma fraudulenta como CONSENUR en Extremadura, para no ganar y facilitar la adjudicación a INTERLUN el contrato público, (ver puntos 4.8 y 4.9 de los hechos acreditados). CONSENUR es evidente que no tiene interés en desbancar a INTERLUN de Extremadura, que es su cliente y parece que un cliente importante, al que provee de contenedores y le recoge los residuos citostáticos (folio 7.314), pero esa situación no es la de CESPAS, que sin embargo tampoco concurre a los concursos de Extremadura, siendo esta Comunidad Autónoma limítrofe con su feudo más importante que es Andalucía.

Confunde CONSENUR el tener establecimiento en una zona geográfica con competir en la misma, cuando alude a las oficinas de los despachos de abogados que no todos están, por ejemplo, en Barcelona. Nada se dice aquí sobre donde deben ubicar las empresas sus centros de gestión, ni siquiera sus centros de reciclaje o tratamiento, lo que se reprocha es el comportamiento concertado de abstenerse de acudir a los contratos de los hospitales públicos de determinadas áreas geográficas, incluso limítrofes con otras en las que son dominantes y por tanto, con capacidad para prestar el servicio en las mismas y se reprocha que acudan a concursos para hacer número, sin competir con la incumbente de la zona.

Asimismo confunde CONSENUR el poder de mercado con el poder que puedan tener las AA.PP. En primer lugar las convocantes, órganos de las CC.AA. tienen un ámbito territorial limitado, en tanto que la propia CONSENUR domina todo el territorio y tiene capacidad para arbitrar entre CC.AA. Como bien queda patente en los casos de “bid rigging” detectados por las autoridades de competencia, las administraciones convocantes de concurso, no tienen capacidad para saber cual es el precio en ausencia de mercado por acuerdo entre los prestadores del servicio. En este supuesto las administraciones sanitarias de las CC.AA. tomarán como referencia precios previos o de otras CC.AA. que como hemos visto están referenciados, lo que impide que pueda darse una reducción de los costes en que incurre la sanidad pública. Y como se ha dicho probablemente son referencia para el sector de contratación privada.

Alegan las imputadas que sólo se presentan a los concursos que consideran de interés para su estrategia comercial y a aquéllos en los que tienen seguridad en que van a conseguirlos y que eso explica su alta tasa de acierto. Pero en un mercado en que no hubiera acciones positivas para reducir la competencia, la dinámica competitiva no permitiría un mapa de la ubicación de las empresas como el descrito más arriba, con una estabilidad en el reparto y un control geográfico del mercado. Eso es indicio de la existencia de un acuerdo ilegal de reparto previo.

Aluden también las imputadas a la distinta normativa por CC.AA., pero no aportan pruebas de que dichas diferencias supongan una barrera tan importante como para segmentar el mercado. De hecho tienen autorización para estar en varias CC.AA., incluida INTERLUN y si no acuden a los concursos, no es por falta de habilitación o por no adaptarse a la normativa autonómica.

Nada obsta a la existencia de acuerdo para repartirse el mercado entre las imputadas el hecho de que un trabajador de INTERLUN, el Sr. XX, creara una empresa o tuviera la intención de crear una empresa, para realizar la misma actividad, ni que como dice INTERLUN en una reunión determinada, se trataran unos temas u otros, lo que es incuestionable es que de las cuatro empresas imputadas, en Extremadura, sólo trabaja INTERLUN y cuando se presentan CONSENUR o CESPAS lo hacen a precios superiores sin intención de ganar el concurso.

INTERLUN alega no entender que el hecho de que CONSENUR y CESPAS se presenten con precios más altos sea considerado un apoyo a INTERLUN y pide explicaciones sobre dicha afirmación del Informe propuesta (folio 7.316 vuelta). Como no ignora INTERLUN la presentación de ofertas consensuadas es una de las vías más habituales de reparto de mercado en la contratación pública. La Administración exige a veces o busca contar con al menos tres ofertas, de forma que pueda contarse con distintas opciones que le permitan comparar al hacer la adjudicación. Ahora bien, si esas ofertas son preparadas y realizadas por una unidad de decisión ofertando 2 de ellas iguales condiciones y precios más elevados, es evidente que esa es la forma, y la mejor, de apoyar al tercero. Mucho mejor que no acudir a la licitación, pues en ese caso y si no hubiera más licitantes, la

Administración podría retirar el concurso o buscar información, etc. Por tanto la mejor forma de asegurar un mantenimiento de INTERLUN en Extremadura es la inhibición en su caso de empresas como SIS y la presentación de ofertas no competitivas por las dos empresas líderes.

Argumenta INTERLUN que la DI le lleva a la prueba diabólica de tener que demostrar que reuniones realizadas en tiempos lejanos no eran con objeto de coludir. Este Consejo puede aceptar que INTERLUN no tenga documentos acreditativos del objeto de una determinada reunión celebrada en 2004, pero no es eso lo que se le exige a la imputada, sino que dado que está acreditado que han existido reuniones, comunicaciones, y una colaboración tan estrecha en la participación en concursos públicos como que era la propia comercial la que hacía las gestiones ante la Administración extremeña, lo que debería haber presentado en su descargo son hechos que avalen que existe competencia en el mercado, compitiendo bien en Extremadura bien en otros territorios. El *fair play* entre competidoras al que alude, la imputada no suele llegar a ceder negocio sino es de forma consensuada e interesada. Y aunque aporta información que acredita que tiene autorizaciones para prestar el servicio en otras CC.AA., (Madrid, Castilla la Mancha, Andalucía, Murcia, etc.), no es menos cierto que sólo aporta información de haberse presentado a concursos públicos en Madrid y sólo en el 2007 (folio 7.316 vuelta) y no aporta información respecto a las condiciones de dichas ofertas, que como hemos visto anteriormente pueden haber sido para cubrir el expediente sin competir realmente.

Finalmente INTERLUN, sin aportar mayor información, alega que los datos que constan en el expediente avalan que está quitando cuota a CONSENUR y CESPA en clientes privados, lo que a su entender sería contrario a la existencia de un reparto. Lo que se deduce de los datos que constan en el expediente (cuadro 2 del IPR), es que INTERLUN mejora su cuota en el total nacional que pasa de 2,8% a 4,4%, (como también lo hace la otra pequeña, SIS, a costa de las dos grandes), pero ese incremento, frente a lo que dice INTERLUN se debe fundamentalmente a los ingresos de clientes públicos, y dado que se mantiene en el mercado de Extremadura, sin que aporte información sobre contratos en mercados de otras CC.AA., la explicación más lógica de dicho incremento de negocio es que, o bien en el área que tiene asignada y reservada se ha incrementado el negocio en mayor proporción que en el resto o que, dado que no está sometida a la competencia de las grandes empresas del sector, eso le permite imponer precios más elevados y por tanto, elevar sus ingresos por encima de la media.

La interpretación que CESPA quiere dar (pág. 45 de sus alegaciones) a los intercambios de e-mails entre los Srs XX y XX respecto a las dificultades por las que está pasando un “entendimiento de 13 años” no deja de ser meritorio, pero el texto es autoexplicativo de lo que ha sido el pasado y, en todo caso, este Consejo puede aceptar la posibilidad de que dicho e-mail sea un anuncio de cambio de interés de CESPA, en el acuerdo o en el reparto que la sitúa en la posición de segunda en el mercado y pretenda tener más ámbito de crecimiento, pero no desvirtúa la existencia del acuerdo sino que lo refuerza.

Las alegaciones de CESPA de que un alto nivel de aciertos en los concursos está relacionado con la infraestructura de cada empresa en cada zona no explican porque las empresas, en un mercado creciente, que en 4 años duplicó su facturación, no amplían su ámbito con inversiones en nuevas zonas.

Por lo que se refiere a la reiterada alegación de las distintas imputadas de que muchos de los documentos de los que se desprende un reparto de mercado son documentos internos de CONSENUR y no compartidos, no reduce en nada la evidencia del reparto, pues como ya se ha dicho, CONSENUR, líder del mercado, es sin duda el líder también en la gestión de la estrategia de distribución del mercado y por tanto, el que planifica con antelación los repartos que mantienen el equilibrio, como en el caso de los nuevos hospitales de Madrid, distribuyendo por áreas, por camas, etc. El que determinados planes de CONSENUR no se cumplan, en nada empece la existencia del reparto, ni tampoco su especial responsabilidad.

Hasta tal punto existe una comunión entre las empresas que CESPA, después de negar su conocimiento sobre determinadas notas de estrategias del Sr. XX de CONSENUR, en lugar de justificar que ni las conoce ni puede saber de que se trata, en sus alegaciones (pág. 48) trata de explicarlas para, dice, “ponerlas en contexto”.

Por último respecto a SIS, alega como lo ha hecho al PCH que en Aragón no tiene poder de mercado, ni tecnología ni capacidad de ir sola puesto que no tiene camiones y aunque los tuviera, tendría que contratar fuera de su colectivo de discapacitados para hacer el transporte, por lo que insiste, que de no participar en la UTE con CONSENUR quedaría excluida del mercado lo que sería en detrimento de la competencia.

El Consejo no pone en duda esas alegaciones de SIS respecto a la UTE de Aragón, que por otra parte, han sido respaldadas por las certificaciones del Gobierno de Aragón respecto a posibilidad de realizar el transporte y a la contratación de discapacitados. Pero no coincide el Consejo con SIS, ni con la valoración de la DI, en que esa circunstancia permita eximir de responsabilidad a SIS en el acuerdo de reparto y menos aún en que su comportamiento es pro-competitivo.

Existe jurisprudencia consolidada mencionada más arriba (caso ANIC) respecto a lo que es un acuerdo anticompetitivo y como no es necesario participar en todas las acciones para formar parte del mismo. La Sentencia del TPI de 8 de julio de 2008 (Caso T-99/04 AC-Treuhand AG) elabora sobre la responsabilidad de una empresa cuya participación en el acuerdo sea menor y no tenga la misma amplitud e intensidad que la del resto de empresas implicadas y afirma que esa condición no permite excluirla de la responsabilidad de la infracción, en la medida en que ha colaborado en la reducción de la competencia, aunque si cabe que tenga incidencia en el cálculo de la posible multa. Más aún según el TPI también puede ser responsable una empresa no competidora si es facilitadora o mediadora del objetivo de atentar contra la competencia.

Pues bien, aunque SIS no tenga la cuota de mercado ni la capacidad financiera que tienen CESPA y CONSENUR queda claro en el PCH y no ha sido desvirtuado por

sus alegaciones, que no sólo era conocedora del reparto de mercado de los servicios de gestión de residuos sanitarios, sino que participaba en el mismo y se beneficiaba de él sin hacer nada para romper esa situación de supresión de la competencia. Por tanto forma parte del acuerdo y es co responsable del mismo.

CONSENUUR alega reiteradamente indefensión por no haber aceptado el Consejo las pruebas que proponía de llamar a declarar a los inspectores e instructores, que considera una prueba clave porque dice, de ella dependen la validez de 75 sobre 89 de los elementos de prueba. Como se ve la representación de CONSENUUR en ningún momento alega que las pruebas propuestas pretendan desvirtuar las pruebas de cargo del expediente, sino que lo que buscan es introducir dudas sobre la validez de la obtención de las mismas, lo que es bastante distinto. Estamos en el ámbito de la validez de la obtención de las pruebas en las actuaciones de la inspección, cuestión que este Consejo ha analizado en extenso en el Fundamento Tercero de esta Resolución.

Por lo que se refiere a las otras dos pruebas propuestas y no aceptadas por el Consejo, la valoración por un perito experto de la verosimilitud de las alegaciones de CONSENUUR y la ampliación de la información sobre el modelo de gestión de recurso portugués, este Consejo ya ha dado respuesta en el Acuerdo de prueba de porque no ha considerado necesario realizarlas. Ha admitido la alegación de irrelevancia del ejemplo portugués y por supuesto no ha lugar a un peritaje para la valoración jurídica de los hechos y alegaciones, que es competencia exclusiva de este Consejo.

Finalmente los efectos de la conducta de las imputadas han quedado evidenciados en la distribución territorial que se mantiene a lo largo de los años y en algunas de las ofertas a licitaciones como la de Madrid cuando no había competencia. Pero sin perjuicio recordar que, como bien recoge la Comisión Europea en los apartados 20 y 21 de su Comunicación de 27 de abril de 2004, Directrices de aplicación del artículo 81 del Tratado CE, (ahora artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE), (DOUE 2004 C 101/8, de 27 de abril), el reparto de mercado, una vez acreditado, constituye una infracción de las normas de competencia por objeto, es decir aquella infracción que por su propia naturaleza posee el potencial de restringir la competencia, lo que hace innecesario el examen de los efectos reales o potenciales del mismo.

Undécimo En conclusión este Consejo considera que ha quedado acreditado fehacientemente que las empresas CONSENUUR, CESPAS, INTERLUN y SIS, son responsables de un pacto colusorio contrario al artículo 1.1 c) de la LDC al repartirse los clientes públicos del mercado de gestión de residuos sanitarios.

Asimismo ha quedado acreditado que CESPAS es responsable de una infracción del artículo 1 de la LDC al haber mantenido y ejercitado un pacto de competencia a la empresa ATHISA, más allá del periodo necesario para garantizar la continuidad del negocio que le había adquirido.

Dichas conductas según el artículo 10 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, son acreedoras de una multa pecuniaria cuyo limite es el 10% del volumen de ventas y para la fijación de cuya cuantía el Consejo deberá atender a los criterios establecidos en el punto 2 del mismo artículo, a saber la modalidad y alcance de la restricción, la dimensión del mercado, la cuota del mercado de la empresa o empresas correspondientes, los efectos sobre competidores y usuarios y las duración y reiteración.

Por otra parte, según jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 23/03/2005) esta discrecionalidad del Consejo, dentro de los criterios fijados por la Ley, debe utilizarse ponderando las circunstancias que concurren al objeto de que la multa sea proporcionada a la infracción y disuasoria de conductas similares, de forma que para el infractor no sea más beneficioso cometer una infracción contraria al interés común que el cumplimiento de las normas.

Teniendo en cuenta los criterios de la Ley, el Consejo hace las siguientes consideraciones sobre las multas a imponer a las cuatro imputadas por la infracción cometida de repartirse el mercado restringiendo la competencia en el mismo e impidiendo el libre juego del mercado.

La modalidad de la infracción, reparto de mercado, es de las consideradas más nocivas y muy especialmente en este caso que afecta al coste de los servicios públicos sanitarios. Respecto al alcance y dimensión del mercado a los efectos de la multa el Consejo, teniendo en cuenta las alegaciones de los infractores, ha considerado como base de calculo de la multa el volumen de ventas de los imputados en el mercado de gestión de residuos sanitarios de los clientes públicos, sin perjuicio de que el acuerdo haya tenido incidencia en el mercado de los clientes privados.

La duración del acuerdo ha sido muy prolongada puesto que se extiende desde, al menos, el año 1997 en que existe evidencia en el concurso de Madrid, y persiste hasta 2007. Y a los efectos de la duración del acuerdo no es relevante el momento concreto en que se han ido incorporando los distintos agentes, puesto que la restricción de la competencia se inicia cuando se pone en marcha el acuerdo.

Por tanto atendiendo a dichos criterios las infractoras, todas ellas responsables de una afectación de la competencia del mercado, merecen una sanción elevada dentro de los límites fijados por la Ley. Y atendiendo a la doctrina jurisprudencial, el Consejo también ha tenido en cuenta las características de los infractores, su papel en el acuerdo y la responsabilidad y capacidad de cada uno en su realización y ejecución.

Para el cálculo de las multas como se ha dicho anteriormente el Consejo ha tenido en cuenta, debidamente ponderados, los ingresos que desde el año 2002 a 2007 han obtenido las empresas infractoras en el mercado de residuos sanitarios a clientes públicos. Dichos ingresos son los que constan en el expediente, no refutados por las imputadas, y en el caso de CESPAN la facturación que la empresa ha aportado en sus alegaciones.

CONSENUM y CESPÁ son las principales empresas del mercado de gestión de residuos sanitarios, tanto público como privado, con unas cuotas de mercado de más del 40 y del 25% respectivamente. Además consta en la correspondencia intercambiada entre ellos (*la relación entre CONSENUM y CESPÁ (Ecoclinic) data mínimo de hace trece años...*) que ambas empresas son la base del acuerdo del reparto de mercado. En consecuencia el Consejo considera que la multa para estas empresas teniendo en cuentas las cifras disponibles de su facturación a clientes públicos desde el año 2002, sería de 4,4 millones de euros para CONSENUM y 2 millones de euros para CESPÁ.

Por lo que se refiere a INTERLUN constan relaciones con CONSENUM desde el año 2000. Su cuota de mercado es del 4% y su ámbito se limita a Extremadura. No obstante este último aspecto no puede considerarse como una reducción del mercado afectado porque el hecho de que en el reparto se quede con una Comunidad Autónoma no impide que su participación en el acuerdo afecte al total del mercado nacional. Por otra parte la proporcionalidad por el tamaño viene definida por el volumen de ventas. Por tanto a juicio del Consejo, procede imponer a INTERLUN una multa proporcionada a los ingresos obtenidos en el periodo del acuerdo de 445.000 euros.

Finalmente respecto a SIS existe constancia fehaciente de su relación con CONSENUM desde el año 2002 y su cuota de mercado es próxima la 10%. No obstante en la fijación de la multa, el Consejo tras haber considerado los ingresos obtenidos en el mercado público, ha tenido en cuenta que la empresa no tenía capacidad técnica para presentarse en solitario al concurso de Aragón al que acudió en UTE con CONSENUM, razón por la que considera adecuada y proporcional una multa de 200.000 euros.

Por último y por lo que se refiere al pacto de no competencia de que es responsable CESPÁ, por su solo existencia dicho pacto merece reproche y una multa que disuada de acciones similares. Además, teniendo en cuenta los criterios anteriormente expuestos y sobre todo la acreditada reiteración de CESPÁ de ponerlo en práctica y excluir a ATHISA del mercado que consta en el expediente, el Consejo considera que es acreedora de una multa 600.000 euros.

En base a lo anteriormente expuesto, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia en la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, por mayoría,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1.1 c) de la Ley 16 /1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia, consistente en un acuerdo para repartirse los clientes públicos del mercado de gestión de residuos sanitarios de la que son responsables las empresas

CONSENU, S.A.; CESA GESTION DE RESIDUOS, S.A.; INTERLUN, S.L. y SISTEMAS INTEGRALES SANITARIOS.

SEGUNDO.- Imponer a las citadas empresas las siguientes multas sancionadoras:

Cuatro millones cuatrocientos mil euros (4,4 millones de euros) a CONSENU, S.A.,

Dos millones de euros (2 millones de euros) a CESA GESTION DE RESIDUOS, S.A.,

Cuatrocientos cuarenta y cinco mil euros (445.000 euros) a INTERLUN, S.L., y

Doscientos mil euros (200.000 euros) a SISTEMAS INTEGRALES SANITARIOS.

TERCERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 16 /1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia consistente en un pacto de no competencia de la que es responsable la empresa CESA para excluir del mercado a la empresa ATHISA.

CUARTO.- Por la anterior infracción imponer a CESA una multa de seiscientos mil euros (600.000 euros).

QUINTO.- Intimar a cada una de las anteriores empresas sancionadas a que en lo sucesivo se abstengan de cometer prácticas como las sancionadas u otras equivalentes que puedan obstaculizar la competencia.

SEXTO.- Ordenar que en el plazo de dos meses y a costa de las sancionadas se publique esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de información general, entre aquéllos de mayor difusión de ámbito nacional.

QUINTO- Los sancionados justificarán ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados. En caso de incumplimiento se les impondrá una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.

Se insta a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC 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 su notificación.