

RESOLUCIÓN (Expte. S/0415/12. ABH-ISMA)

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 4 de febrero de 2014

LA SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente Sancionador S/0415/12 ABH-ISMA instruido por la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia (ambas hoy extintas) por *“prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en acuerdos colusorios entre empresas para repartirse el mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos sanitarios producidos en centros sanitarios de la Comunidad Autónoma de Baleares”* (Folios 1 a 653).

Han sido Ponentes los Consejeros, Don Fernando Torremocha y García-Sáenz y Don Benigno Valdés Díaz.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- ADALMO S.L., elevó un escrito de **denuncia** contra las entidades mercantiles ABH (Anglo Balear de Servicios e Higiene S.L.) e ISMA (Isma 2000 S.L.) con amparo en lo prevenido en el Artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia *“estimando que han incurrido en una conducta colusoria de los apartados a) y c) del Artículo 1 de la expresada Ley, así como un abuso de posición dominante del apartado b) del Artículo 2 de la misma”*.

El escrito fue presentado el día 21 de Marzo del 2012 a las 11:30 horas ante la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), que posteriormente lo remitió a la Comisión Nacional de la Competencia y fue registrado con fecha 27 de Marzo del 2012 a las 12:16:02 horas.

SEGUNDO.- La Dirección de Investigación, hoy extinta, inició una **información reservada S/0415/12** y con fecha 13 de Abril del 2012 **requirió** a ADALMO

información (Folios 664 a 666), que fue cumplimentado el 7 de Mayo del 2012 (Folios 669 a 1370) posteriormente completada los días 10 y 28 de Mayo del 2012 (Folios 1371 a 1376 y 1377 a 1447) y complementada el siguiente día 7 de Junio (Folios 1529 a 1730).

La Dirección de Investigación, hoy extinta, entendió que en el denunciado reparto del mercado podría participar CONSENUR; y, los días 6 y 7 de Junio del 2012 realizó inspecciones en las sedes de ABH, ISMA y CONSENUR (Folios 1448 a 1528).

TERCERO.- La Dirección de Investigación en escritos de 15 y 25 de Junio y de 17 de Julio del 2012 comunicó a ABH, ISMA y CONSENUR que *“había decidido no incorporar al expediente de referencia parte de los documentos que había recabado en las inspecciones llevadas a cabo los días 6 y 7 de Junio del 2012, por considerar que no eran necesarios para la tramitación del expediente”*.

CUARTO.- La Dirección de Investigación, hoy extinta, con fecha 20 de Julio del 2012, de acuerdo con lo prevenido en el apartado 1 del Artículo 49 de la Ley 15/2007, **acordó la incoación de expediente sancionador** contra ABH, ISMA y CONSENUR (Folios 1780 a 1782) y otorgó a ADALMO la condición de interesado.

ABH, ISMA y CONSENUR, en diferentes momentos, presentaron escritos solicitando la confidencialidad de parte de la documentación recabada en las inspecciones. Y la Dirección de Investigación, hoy extinta, la incorporación al expediente de documentación en formato papel y un nuevo **requerimiento de información** a las empresas ABH, ISMA y CONSENUR (Folios 2197 a 2205) que fueron cumplimentados (Folios 2465 a 2473; 2487 a 2497 y 3567 a 3576) así como a varios Centros Sanitarios, públicos y privados, que operan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Baleares (Folios 2213 a 2255) que fueron cumplimentados (Folios 2266 a 2454; 2474 a 2486, 2498 a 3566, 3577 a 5251, 5258 a 5267 y 5304 a 5313).

Y con fecha 26 de Octubre del 2012 requirió información al Hospital Universitario de Son Espases (Folios 5253 a 5255) que fue cumplimentado el 20 de Noviembre del 2012 (Folios 5536 a 5751).

QUINTO.- La Dirección de Investigación, el día 30 de Octubre del 2012, acordó la incorporación al expediente de determinada documentación en formato electrónico recabada en las inspecciones (Folios 5271 a 5295) y un plazo de diez días a las empresas para que, en su caso, motivasen la confidencialidad de la información incorporada.

Las solicitudes tuvieron su entrada en la Comisión Nacional de la Competencia los días 12 y 13 de Noviembre del 2012 (ABH Folios 5314 a 5380; ISMA Folios 5381 a 5512 y CONSENUR Folios 5513 a 5535).

La incorporación definitiva al expediente de la documentación en formato electrónico recabada en las inspecciones tuvo lugar en las siguientes fechas: ABH 3 de Diciembre del 2012 (Folios 5886 a 6384), CONSENUR 5 de

Diciembre (Folios 6392 a 6706) e ISMA 17 de Diciembre del 2012 (Folios 6713 a 7251).

SEXTO.- La Dirección de Investigación, a la vista de todo lo actuado y de conformidad con lo prevenido en el Artículo 33.1 del Real Decreto 261/2008 **considera que:**

- ABH, ISMA y CONSENUR han actuado de forma concertada en la gestión de residuos sanitarios en Baleares, al repartirse de forma explícita e implícita actividades y clientes, públicos y privados, al concertar precios y compartir recursos e información comercial sensible y al actuar de forma coordinada para hacer frente a la entrada de ADALMO en la gestión de residuos sanitarios en Baleares, lo que constituye una infracción única y continuada tipificada en el Artículo 1 de la Ley 15/2007.
- Las responsables de dicha infracción son las empresas ABH (Anglo Balear de Servicios e Higiene S.L.), ISMA (Isma 2000 S.L.) y CONSENUR (Consenur S.A.).
- Conforme al Artículo 50.3 de la Ley 15/2007 notifíquese este **Pliego de Concreción de Hechos** a los interesados para que, en el plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes.

SÉPTIMO.- El Pliego de Concreción de Hechos les fue notificado mediante escrito de 26 de Abril del 2013.

Las empresas interesadas presentaron escritos de alegaciones: ADALMO el día 20 de Mayo (Folios 7594 a 7696), ISMA el día 29 de Mayo (Folios 7698 a 7967), ABH el día 31 de Mayo (Folios 8024 a 8095) y CONSENUR el día 31 de Mayo (Folios 7969 a 8022).

Las alegaciones, en resumen, son:

1º ALEGACIONES DE ADALMO, que muestra su conformidad al Pliego de Concreción de Hechos, son:

- estima que en los últimos tiempos la situación del mercado de residuos sanitarios en Baleares ha dado un giro de 180º en lo que se refiere a los precios ofertados, ya que *“el conglomerado formado por ABH, CONSENUR e ISMA sigue repartiéndose el mercado de residuos sanitarios en Baleares, pero además estas empresas están ofertando precios que se encuentran por debajo del coste, estrategia que tiene como objetivo echarle del sector de residuos sanitarios en Baleares”*. En apoyo de tal afirmación **adjunta** documentación correspondiente a varios expedientes de contratación de residuos sanitarios en Baleares del año 2013.
- existen numerosas pruebas de que, **por un lado**, los precios de adjudicación han descendido enormemente respecto a los precios de licitación, como consecuencia de su competencia en el mercado; y **por otro lado**, que los precios ofertados por ABH, empresa adjudicataria,

están por debajo del coste, en una clara maniobra para eliminar la competencia de ADALMO en dicho mercado.

- al respecto, señala diversos expedientes entre los que se encuentran el de la **Mutua Balear** donde ABH presentó una oferta con un porcentaje de baja sobre el precio de licitación del **82%** y le fue adjudicado; **Area de Salut d'Eivissa i Formentera** adjudicado a ABH con una baja del precio de licitación de casi el **44%**; **Centro Penitenciario de Mallorca**, también adjudicado a ABH con una baja del precio de licitación entorno al **70%**.

2º ALEGACIONES DE ISMA concretadas en los siguientes apartados:

- A) *Actividades de ISMA y su relación con otros operadores.* Considera hay una cierta confusión respecto a sus **actividades**, por cuanto la principal es la fabricación y converting de papel tisú y, **en un segundo lugar**, la recuperación y procesamiento de residuos de papel y cartón, **mientras que la recogida de residuos sanitarios es una actividad accesoría.**

Su entrada en el sector de la recogida de residuos sanitarios en el año 1995 **se produjo de forma fortuita**, como consecuencia de la identificación de **una oportunidad de negocio**, consistente en la instalación de un equipo de desinfección en el recinto de Son Dureta.

Desde el año 2000 se ha mantenido en el sector **simplemente** en relación con la actividad de recogida y transporte de residuos, **desentendiéndose** por completo de las actividades de tratamiento y eliminación....ha sido marginal....y limitada a la Isla de Mallorca, por carecer de infraestructura de transporte en otras islas, **si bien al objeto de mantener la buena relación con sus clientes**, trata de ofrecer el servicio en otras islas **a través de terceros.**

En lo referente a su relación con otros operadores, realiza las siguientes actividades:

- respecto a ABH mantienen dos tipos de **relaciones contractuales (1)** recogida de residuos del Grupo II que debe realizarse mediante un proceso de descarga automatizado, lo que impone la necesidad de emplear un vehículo adaptado, **inversión que descartó realizar, optando por subcontratarlo con ABH;** y **(2)** referente a la recuperación de papel y cartón, **solicitó a ABH en varios casos, la instalación de compactadores** en algunos centros.
 - respecto a CONSENUR ésta le facilita los contenedores de residuos del Grupo III que se distribuyen a los diferentes establecimientos sanitarios para su posterior recogida, que una vez llenos ISMA le devuelve para su procesamiento.
 - respecto a BALTECMA y como ISMA no realiza actividades de recogida de residuos tóxicos y peligrosos, los subcontrata.
- B) *Utilización por la Dirección de Investigación de correos electrónicos incautados en el correo personal de D. [XXX] en flagrante extralimitación de las potestades inspectoras: Orden de Investigación y Auto judicial.*
- C) *Imputación de infracciones de las normas de defensa de la competencia al ser extraídas de documentos que son considerados como indicios de*

una infracción, sin un adecuado análisis de su contexto y su contenido, asimilando conductas que nada tienen que ver o extrayendo conclusiones precipitadas, **lo que debe concluir con el archivo de las actuaciones.**

- D) *Acreditación de reparto de actividades y clientes* no encuentra soporte alguno en los documentos obrantes en el expediente y que el hecho de no concurrir a los mismos expedientes de contratación....**no se debe a ningún acuerdo previo entre empresas**, sino a criterios de política empresarial, que en su caso, oferta concursos públicos en los que el volumen de licitación, más o menos reducido, **limita la exposición financiera** derivada de los retrasos en el pago.....siendo requisito normalmente exigido una clasificación empresarial **R5D que no obtuvo hasta octubre 2009**. Política empresarial que observó en la totalidad de los doce expedientes de contratación analizados por la Dirección de Investigación.
- E) En cuanto al *pretendido reparto de clientes privados*, las relaciones con ABH “*se han producido en el contexto de la prestación de servicios comerciales o en el contexto de la Asociación de Gestores de Residuos Industriales de Baleares (AGRIB), sin que le consten reuniones entre [XX] y empleados de ABH*”.
- F) Finalmente se refiere a un caso particular con la CLÍNICA JUANEDA. Durante la vigencia del contrato que tenía firmado con esta entidad para la recogida de sus residuos sanitarios y teniendo en cuenta que la Clínica había recibido una oferta más ventajosa, se dirigió a ISMA para **exigir** una mejora de las condiciones pactadas o **resolver el contrato**, respetando el preaviso pactado.

Por este motivo, se dirigió a su proveedor ABH con el único objetivo de solicitar una reducción de las tarifas de recogida y así poder conservar a su cliente. La actuación de la Clínica Juaneda se debe a una estrategia negociadora, ya que al faltarle algún permiso a ADALMO, ésta no pudo recibir ninguna oferta de ADALMO.

- G) *Acreditación de compartición de recursos e información comercial sensible*. Entiende que la propia dinámica de los servicios prestados **exigen** que diferentes operadores compartan cierta información....no podría operar en el mercado de recogida de residuos sanitarios **si no pudiera negociar abiertamente con ABH y CONSENUR** las condiciones de la prestación del servicio que recibe de cada una de estas empresas.
- H) *Acreditación de concertación de precios*. No existe ni una sola mención que demuestre tal concertación con ABH o CONSENUR o que instase a las mismas a ofrecer un precio determinado.

Lo que se consideran **recomendaciones** de ABH forman parte de una **iniciativa de un empleado de ABH** sobre algunos contratos de residuos sanitarios, “*que no tuvo ni tiene repercusión alguna en su actividad ...que estas recomendaciones no fueron seguidas y que no tuvieron impacto alguno en el mercado*”. “Y que las recomendaciones de ABH

que aparecen en algunos correos no sólo no fueron seguidas, sino que ni siquiera tuvieron impacto en el mercado”.

- l) *Acreditación de participación en la estrategia para excluir a ADALMO del mercado. Tal afirmación no se ha acreditado en el expediente....ha sido simplemente receptora de las intenciones de ABH sobre este asunto, sin que esta recepción pueda suponer el conocimiento de tales intenciones, ni pueda equipararse a su participación en un acuerdo o voluntad al respecto.*

El único elemento probatorio de los hechos obstructivos, **se realiza en el párrafo 147 donde se hace mención a un correo electrónico** en el que el Presidente de AGRIB se dirige a ISMA para plantearle la conveniencia de mantener una reunión con la Directora del Medio Natural, Educación Ambiental y Cambio Climático del Gobierno Autónomo **para discutir con ella la situación de la planta de residuos sanitarios de ADALMO**...que se sentía muy preocupado al haber sido condenado el Gerente de ADALMO a pena de inhabilitación....y que el único caso en el que cuestiona la adjudicación de un concurso a ADALMO es en el expediente Banco de Sangre de 2011.....se refieren al asesoramiento prestado por AGRIB a las empresas pertenecientes a dicha Asociación...y se produjo con posterioridad a la adjudicación del concurso.

3º ALEGACIONES DE ABH concretadas en los siguientes apartados:

Antes de entrar en el desarrollo de las alegaciones, **aclara** que, si bien en la actualidad está controlada por CONSENUR, su defensa jurídica se ejercitará de forma independiente.

- A) *Mercado balear tiene una serie de particularidades y viene condicionado por el coste de insularidad y por la población residente (cerca del millón de habitantes) lo que supone un coste extra a la gestión de residuos, por cuanto en Baleares (1) **no hay incineradora de residuos peligrosos, ni planta alguna de tratamiento de residuos peligrosos**, (2) una vez tratados los residuos sanitarios ordinarios del Grupo III se convierten en Grupo I, cuya incineración tiene lugar en la planta de TIRME y cuya tarifa quintuplica el precio peninsular y (3) en Baleares es obligatorio que los residuos sanitarios del Grupo II se gestionen **extra centro**, lo que conlleva el aumento de su coste de gestión.*

Por todo ello, entiende que en Baleares la contratación de otras empresas del sector es necesaria y que la insularidad justifica que empresas como CONSENUR no disponga en Baleares de medios de transporte y personal, o que sólo ABH disponga de un camión recolector de los residuos sanitarios Grupo II **único en las Islas**.

- B) *Contactos entre ABH, ISMA y CONSENUR para la gestión de residuos sanitarios en Baleares.*

– los contactos entre ABH e ISMA son totalmente lícitos y legítimos y que los hechos concretados en el PCH (53, 54, 55 y 57) se refieren a intercambios de información en el marco de las distintas prestaciones de servicios existentes entre ambas empresas...a cambio de una

contraprestación económica, todo ello con el objetivo de coordinar los trabajos para ofrecer un buen servicio al cliente.

– los contactos entre ABH y CONSENUR se limitan a relaciones comerciales lícitas y legítimas entre empresas, de manera que Consenur contrata a ABH la recogida y transporte de los residuos del Hospital Son Dureta y, posteriormente, del de Son Espases, *porque CONSENUR no dispone de capacidad de recogida y transporte de residuos en Baleares.*

– en relación con los contactos ABH-ISMA-CONSENUR tras la entrada de ADALMO opina que existen varias frases en los párrafos 64 a 67 del PCH que dan una idea equivocada de lo que realmente sucedió *que no fue sino una acción para evitar la posible competencia desleal de una empresa que en ese momento no cumplía con la normativa aplicable a este tipo de actividad.*

En referencia al correo de 4 de Noviembre de 2011 (párrafo 65) se trata de una opinión particular de Jacinto Feliu (ABH) respecto al precio de la oferta conjunta de ISMA, sin que ésta última considerara finalmente esta opinión en la oferta que presentó.

- C) *Sobre la contratación de gestión de residuos en centros sanitarios **públicos** en Baleares afirma que en las adjudicaciones (expedientes de contratación) aparece el precio máximo y, por tanto, estimaciones que siempre están por encima de los importes facturados finalmente.*
- D) *Realiza una serie de matizaciones, antes de la entrada de ADALMO, en relación a que ISMA no licitaba en Menorca, ni Ibiza-Formentera al no tener estructura en dichas islas.*
- E) *Afirma que no se ha presentado a 8 de los más de 50 concursos convocados en los últimos años, 3 de ellos correspondientes a los Hospitales de Son Dureta y Son Espases, a los que no se presentó por no disponer de planta de tratamiento de residuos sanitarios del Grupo III.*
- F) *Sobre la contratación de gestión de residuos en centros sanitarios **privados** en Baleares. Reitera lo dicho para los centros públicos, no se acreditan los hechos tal y como se muestran en el Pliego de Concreción de Hechos, bien porque no han existidos tales reuniones, bien porque las mismas lo fueron internas de ABH.*

La contratación de ABH por ISMA de la gestión del Grupo II respecto de las Clínicas Juaneda, Rotger, San Juan de Dios, Planas, Muro y Gesma se hizo por la necesidad de ISMA de contratar estos servicios, *dado que no dispone de los medios para llevar a cabo esta gestión y la necesidad de ABH de amortizar el camión recolector adquirido para tal fin.*

En relación al derecho de tanteo, ABH estima que las cláusulas en donde aparece este derecho habían sido aceptadas por la contraparte, empresas privadas en el ejercicio de su actividad, por lo que no pueden ser consideradas cláusulas abusivas o ilícitas.

ABH se refiere también a las amenazas a [XX], del Grupo Policlínica de Ibiza, entendiendo que no hubo amenaza alguna, *sino una simple remisión de carta en la que manifestaba la imposibilidad de una rescisión*

unilateral del contrato de acuerdo con lo establecido en las propias cláusulas.

G) *Sobre las acciones llevadas a cabo por ABH, ISMA y CONSENUR para eliminar la competencia de ADALMO.* Al efecto establece

1º Consideraciones previas:

– Había una Sentencia condenatoria al administrador único de ADALMO por vertido de, entre otros, residuos sanitarios, lo que preocupaba al sector. En el Pliego de Concreción de Hechos se habla de *delito contra el medio ambiente*.

– ADALMO no contaba con licencia municipal para el tratamiento de residuos sanitarios del Grupo III.

– Posible nulidad de la ampliación de la licencia de actividad de ADALMO a la gestión de residuos sanitarios del Grupo III.

2º A la vista de los hechos descritos, la Asociación de Gestores de Residuos de las Islas Baleares (AGRIP), entre las que se encuentran ABH, ISMA y CONSENUR, decide emprender acciones y como su presidente [XX] no disponía de un correo electrónico propio de AGRIP, realizó sus comunicaciones a través de su correo de ABH.

3º Respecto a lo concretado en los párrafos (134) y (135) del Pliego de Concreción de Hechos, ABH estima que se refiere a una oferta conjunta de ABH e ISMA, en la que ABH gestionará el Grupo II y recogerá los residuos del Grupo III de Ibiza, así como asumirá la gestión integral de los residuos peligrosos *y ello porque ISMA no dispone de los medios para gestionar el Grupo II, ni recoge los residuos en Ibiza, ni está autorizada a gestionar residuos peligrosos.*

4º En relación a las acciones realizadas sobre la ampliación de la planta de ADALMO, manifiesta ABH que dado que CONSENUR *no dispone de ningún responsable, delegado o administrativo para realizar gestiones en Mallorca*, de forma puntual y como cortesía lógica ante uno de sus principales clientes, ABH le proporciona la información respecto al proyecto de la planta de ADALMO, así como la localización de un ingeniero que prepare un peritaje sobre el proyecto de dicha planta.

5º Finalmente, ABH se refiere a los hechos descritos en los párrafos (156 a 159) del Pliego de Concreción de Hechos, considerado que son acciones que demuestran el correcto ejercicio del derecho de defensa en orden a entorpecer la adjudicación a ADALMO en estos expedientes de contratación.

6º En orden a la valoración jurídica concretada en el Pliego de Concreción de Hechos entiende (1) que no se ha podido demostrar ningún tipo de acuerdo explícito o reunión para repartirse el mercado y eliminar a la competencia (2) sino que se refieren a la existencia de relaciones comerciales lícitas y legítimas entre empresas (3) así como que las acciones para hacer frente a ADALMO han sido actuaciones legítimas en el ejercicio, tanto de su derecho de defensa individual, como conjunto dentro del marco de AGRIP.

En consecuencia, niega la existencia de infracción alguna del Artículo 1 LDC y **subsidiariamente** en el caso de que se considerara la existencia de acuerdos de reparto del mercado, tanto de clientes públicos como privados, **considera** que tales acuerdos quedarían limitados a la Isla de Mallorca y **sólo** a la recogida y transporte de residuos sanitarios del Grupo III y que tales acuerdos **no tendrán sentido a partir del 2011**.

4º ALEGACIONES DE CONSENUR en las que **con carácter previo** explica cómo se ha llevado a cabo la adquisición de ABH, así como el régimen de responsabilidades acordado, según el cual los vendedores asumen la defensa jurídica de ABH en el presente procedimiento sancionador, de forma independiente, a pesar que ambas pertenecen en la actualidad al mismo grupo empresarial.

A) *Sobre la imputación realizada a CONSENUR:*

1º CONSENUR *opera únicamente en el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios*. Por lo que no ha participado en un cártel con las empresas ABH e ISMA, *con las que no compite y jamás ha competido*.

Y que dada la necesidad de tratar y eliminar residuos sanitarios de otras empresas, su planta ha sido el destino para los residuos recogidos y transportados por ABH e ISMA y otras empresas.

En este contexto, *la existencia de relaciones verticales legítimas o el mero hecho de que no esté activa en la actividad de recogida y transporte, no acreditan lo que la DI pretende*.

2º CONSENUR no ha participado en ninguna de las prácticas o conductas para concertar precios, compartir recursos e información comercial sensible o actuar de forma coordinada para hacer frente a la entrada de ADALMO.

3º Los únicos hechos que se acreditan en el Pliego de Concreción de Hechos son que CONSENUR es *titular de una planta de tratamiento y eliminación de residuos en la localidad de Bunyola, que ha heredado por su antigua pertenencia a un Grupo Empresarial de ACS, que gestionaba los servicios no sanitarios del antiguo Hospital de Son Dureta*.

4º En cuanto a que la DI considera que ha actuado de forma coordinada para hacer frente a la entrada de ADALMO, lo único probado es la existencia de un contacto entre CONSENUR y ABH en el que el primero realiza una consulta para poder presentar **alegaciones en el procedimiento administrativo** en el que se dilucidaba la capacidad de ADALMO para abrir una planta de tratamiento de residuos, siendo su conducta perfectamente legítima.

B) *Situación de CONSENUR en Baleares:*

1º Comenzó en 1997 como consecuencia de su adquisición por el Grupo ACS (su filial TECMED) de una pequeña instalación de tratamiento de residuos no sanitarios ubicada dentro del Hospital de Son Dureta. Dado que las instalaciones eran antiguas, pequeñas y obsoletas, **decidió solicitar** la autorización como *transportista de residuos sanitarios en*

Baleares y comenzó la tramitación de las gestiones para la construcción de una nueva planta de tratamiento de residuos.

Presenta unos cuadros en los que justifica que los márgenes que se obtienen de la actividad de tratamiento de residuos en la planta de Bunyola son significativamente inferiores a los de las otras plantas de su propiedad en la Península.

2º En 2007 intentó la compra de ABH sin éxito.

3º Explica la razones por las que no ha desarrollado la actividad de recogida y transporte de residuos sanitarios en Baleares: la complejidad de la operativa y ser costosa en consideración a los transportes entre islas.

C) Relaciones de prestación de servicios como elemento de concertación ilícita.

1º Dado que ni ABH ni ISMA cuentan con instalaciones de tratamiento final de residuos sanitarios y CONSENUR no cuenta con capacidad de recogida y transporte de residuos sanitarios, ello explicaría las relaciones apuntadas en el Pliego de Concreción de Hechos.

2º Los contratos de prestación de servicios referidos por la DI en el Pliego de Concreción de Hechos son perfectamente legítimos:

– contrato de 1 de Febrero de 2002 de acuerdo con el cual ABH lleva los residuos del Grupo III a la planta de CONSENUR, que explotaba en esa época la única instalación de residuos biosanitarios del Grupo III y, por tanto, el contrato refleja una prestación de servicios nada más.

– contrato de 1 de Septiembre de 2006 por el que ABH transporta los residuos sólidos no peligrosos de CONSENUR a las instalaciones de TIRME. Contrato que se explica porque CONSENUR no cuenta en Baleares con una operativa de transporte de residuos.

– contrato de 10 de Octubre de 2010 por el que ABH retira y transporta los residuos producidos en el Hospital Son Espases, ser una relación mercantil en un contexto en el que CONSENUR no presta servicios de recogida y transporte de residuos.

3º En relación con determinadas afirmaciones contenidas en el Pliego de Concreción de Hechos, manifiesta:

– correo electrónico de 21 de Abril de 2010 enviado por ABH a CONSENUR que recoge los precios que ABH estaba facturando por los servicios de recogida y transporte de residuos del Hospital de Son Dureta y estimación de kilos de residuos para el nuevo Hospital de Son Espases, son contactos perfectamente normales en el marco de la prestación de servicios de ABH realizaba.

– correo electrónico de 22 de Febrero de 2011 enviado por ABH a CONSENUR, en el que le solicita una rebaja de las tarifas que venía cobrando y plantea la posibilidad de que ABH utilice el informe de CONSENUR para la recogida de residuos en el Hospital de Son Espases.

D) Supuesta concertación en relación con los concursos públicos.

1º al reproche que se le hace en el Pliego de Concreción de Hechos de que las empresas imputadas no licitaban a los mismos expedientes, **contesta** diciendo que sólo entra a valorar los hechos que le son imputables y que no puede alegar sobre los hechos descritos respecto a la relación entre ABH e ISMA ya que ni participaba en estos contactos, ni los conocía.

2º el motivo de no presentarse a ningún concurso es que no desarrolla tales actividades, siendo la única excepción el cliente heredado del Grupo ACS, es decir los concursos licitados por el Hospital de Son Dureta o su sucesor el Hospital de Son Espases.

Por este motivo contrata con ABH los servicios que no podía prestar (recogida y transporte). Y lo mismo ocurrió en los años 2011 y 2012 en la licitación de los expediente del Hospital de Son Espases.

- E) *Supuesta concertación en relación con ADALMO.* Considera que no existen pruebas de una acción concertada entre las tres empresas imputadas para entorpecer la concesión a ADALMO de la autorización para abrir su planta de tratamiento, ni para evitar que ADALMO logre que se le adjudiquen las licitaciones.

En cuanto a las actuaciones realizadas antes de la entrada de ADALMO, dice que la DI no identifica ni un solo contacto entre CONSENUR e ISMA en relación con esta cuestión, por lo que no hay prueba de alguna concertación entre estas dos empresas. Y de otro, los contactos con ABH se refieren a relaciones mercantiles que no tienen nada de particular.

Dados los *graves antecedentes que afectaban a la propiedad de ADALMO* en su actuación irregular en el sector de los residuos, es normal que buscara asegurarse que su entrada en el mercado de tratamiento supusiera el cumplimiento estricto de la legalidad, de ahí sus contactos con ABH en relación con este asunto.

Finaliza sus alegaciones con un apartado de conclusiones en el que dice que (1) la pretendida acción concertada entre ABH, ISMA y CONSENUR no se basa en prueba alguna (2) que no participó en gran parte de los hechos que relata el Pliego de Concreción de Hechos, que atañen exclusivamente a ABH e ISMA y (3) que el Pliego fuerza los hechos para hacerle partícipe de hechos en los que claramente no ha participado

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- ADALMO S.L., en escrito fechado el día 12 de Marzo del 2012, **denuncia** a las entidades (1) ANGLO BALEAR DE SERVICIOS E HIGIENE S.L., y (2) ISMA 2000 S.L., al amparo de lo prevenido en el Artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia “*al estimar que las entidades denunciadas han incurrido en una conducta colusoria de los apartados a) y c) del Artículo 1 de la expresada Ley; así como un abuso de posición dominante del apartado b) del Artículo 2 de la misma*”.

Escrito que fue presentado el día 21 de Marzo del 2012 ante la Delegación del Gobierno en las Islas Baleares (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) y fuera registrado con el número de entrada 15193 y posteriormente remitido a la Comisión Nacional de la Competencia ese mismo día y recibido en ésta el día 27 de Marzo y registrado con el número 2237.

El escrito de denuncia establece los siguientes particulares:

1º las dos entidades denunciadas *“vienen dedicándose en Baleares a la recogida y transporte de material de desecho generado en los hospitales públicos y clínicas o centros médicos privados”*.

2º el tamaño de las dos entidades denunciadas *“es sumamente desigual, siendo que ABH mantiene una posición dominante en el sector en esta Comunidad Autónoma (es decir, Baleares) manteniendo mediante los pactos colusorios que se dirán una **situación de aparente competencia** con una entidad de mucho menor tamaño, como es ISMA quien, por mérito de dichas pactos, tiene asignada una menor parte del mercado –la que le otorga su concierto con ABH– aunque significativa”*.

*“Merced a dichos pactos colusorios –como se verá– ambas se reparten –bien que desigualmente– el mercado de **recogida** de residuos de los centros hospitalarios de Baleares, obteniendo pingües beneficios al no concurrir una verdadera competencia –se verá seguidamente– y, al propio tiempo, mantener esa apariencia que les permita seguir operando en el mercado de los concursos públicos y contrataciones privadas con cierto disimulo”*.

*“Ambas entidades, han configurado en suma, una situación de **duopolio, habiéndose repartido el mercado** – como decimos– de suerte que donde concorra ABH no lo hace ISMA, donde concursa ISMA no lo hace ABH, de lo que resulta que cada una de ellas procede a la recogida de residuos hospitalarios, según el siguiente reparto:*

a/ ABH que tiene asignados los grandes centros hospitalarios, realiza la recogida de residuos de los siguientes centros hospitalarios:

a.1/ *En Menorca, el HOSPITAL MATEUORFILA de Mahón y toda la red asistencial de la isla que incluye, además 6 centros de salud, 2 unidades básicas y 2 centros de media estancia y de diálisis ambulatoria.*

a.2/ *En Mallorca: los centros hospitalarios públicos HOSPITAL DE MANACOR con 9 Centros de salud y 25 Unidades Básicas de Salud; HOSPITAL SON LLATZER, HOSPITAL COMARCAL DE INCA y el hospital público de referencia, SON ESPASES, de Palma de Mallorca, así como los llamados Puntos de Atención Continuada (PAC). Además,*

también efectuaba la recogida en el centro privado POLICLINICA MIRAMAR hasta el 12 de febrero de 2012.

a.3/ Todo el Área de Salud de Ibiza y Formentera, formada por el hospital de referencia de Can Misses y toda su área asistencial formada por Unidades Básicas de Salud y Centros de Salud.

b/ ISMA realiza la recogida de residuos de los siguientes centros hospitalarios:

b.1/ En Mallorca, el HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS y CAUBET, así como de los centros dependientes de la entidad pública GESMA (HOSPITAL PSIQUIATRICO, HOSPITAL GENERAL y HOSPITAL JOAN MARCH) y de las clínicas privadas CLINICA PALMAPLANAS, CLINICA ROTGER, CLINICA JUANEDA.

c/ Especial referencia merece el concurso de la entidad FUNDACION BANCO DE SANGRE Y TEJIDOS DE LES ILLES BALEARS, concurso en el que ambas entidades se presentaron pero no de forma concurrente, es decir, ABH se presentó al concurso para la recogida de residuos peligrosos e ISMA para la recogida de residuos biosanitarios, repartiéndose, en suma, las adjudicaciones, sin que concursaran de manera solapada o cruzada”.

3º Desigual entidad económica de cada una de las sociedades concurrentes:

Como se ha expresado más arriba, la concurrencia en libre competencia de ambas mercantiles es una mera apariencia, pues tienen tamaños económicos significativamente desiguales, de suerte que ISMA no es para ABH una verdadera competidora que pudiera, en su caso, quitarle significativa cuota de mercado, de modo que ésta la mantiene en esa situación de “segundo nivel” sin comprometer su posición dominante y, al tiempo, le permite –como se ha dicho– no llamar la atención de los organismos públicos al haber construido un escudo protector puramente cosmético que, en apariencia, y sólo en apariencia, oculta y disimula los pactos colusorios denunciados y, que en suma, suponen una anulación de la libre concurrencia en dicho sector en esta Comunidad Autónoma.

Este *statu quo*, en suma, resulta de utilidad a ambas entidades: a ABH porque se asegura la pervivencia de su posición dominante sin asumir riesgo eventual de crear un real competidor y a ISMA porque, siendo de inferior tamaño que la primera y con sus expectativas de crecimiento supeditadas a la situación actual, le permite mantener una cuota de mercado en solitario que de otra manera no podría tener –o que le sería más difícil tener-.

Y, finalmente, a ambas entidades les resulta de sumo interés esa situación creada porque, como se verá a continuación, el pacto de no concurrencia les permite obtener *como precio de adjudicación en los concursos públicos una cantidad muy próxima –si no idéntica– al precio de licitación.*

4º Precios de adjudicación en relación a los precios de licitación.

Dichos pactos de no concurrencia permiten a las entidades denunciadas concurrir a los concursos públicos y a las contrataciones privadas ***sin temor a que otro licitador*** pueda ofertar los mismos servicios por sumas inferiores a las por ellas ofertadas, de suerte que las diferencias sistemáticamente, entre los precios de licitación y los precios de adjudicación son –si no idénticos– significativa y sindrómicamente similares.

CENTRO	FECHAADJ	EMPRESA	P.L. €	P.A. €	DIF €
3.1.-A. S. MENORCA	JUNIO '07	ABH	519.487,20	500.633,20	18.854
3.2.-MANACOR	ENERO '12	ABH	473.000	472803,6	196,4
3.3.-GESMA	MARZO'10	ISMA	359.315,04	359.315,04	0
3.4.-SON LLATZER	OCTUBRE '10	ABH	Precios desglosados por unidad		
3.5.- PACS	ABRIL '10	ABH	317.359,21	299.234,06	18125,15
3.6.-INCA*	JUNIO '10	ABH	620.689,65	520.670,98	100.018,67
3.7.- CAUBET	MAYO '11	15MA	59.000	52.488	6.512
3.8.- A. S. EIVISSA	AGOSTO09	ABH	344.878	342.887,73	1.990,27
3.9.- BCO DE SANGRE	JULIO2008	ABH/ISMA	141.750	141.210	540
3.10- CONSELL IBIZA	JUNIO 2010	ABH	63.733,95	63.733,95	0

FECHA ADJ= FECHA DE ADJUDICACION

EMPRESA= EMPRESA ADJUDICATARIA DEL CONCURSO

P.L.€- PRECIO DE LICITACION EN EUROS

P.A.€- PRECIO DE ADJUDICACION EN EUROS

DIF€- DIFERENCIA ENTRE EL PRECIO DE LICITACION Y EL PRECIO DE ADJUDICACION DEL CONCURSO EN EUROS

• En Inca, el precio va sin IVA incluido.

Los expedientes de contratación son los siguientes:

1. Área de Salud de Menorca: MCASE 2007/20347.
2. Fundación Hospital de Manacor: NC2SE 2011/21703 (FHM CA 07/11).
3. GESMA: GCASE 50/09 0000023860.
4. Fundación Hospital de Son Llatzer: FHSLL 57/2010.
5. Atención Primaria de Mallorca.
6. Hospital Comarcal de Inca: FHCI CA 004/10.
7. Fundación Caubet Cibera: SER 2B-2001.
8. Área de Salud de Eivissa y Formentera: ECASE 2009 0000020483.
9. Fundación Banco de Sangre y Tejidos de les Illes Balears: 10/CP/0007-00.
10. Consell Insular de Ibiza: 0000009/2010-CNT.

Sirva de ejemplo lo acontecido en el último concurso público de residuos de la **FUNDACION BANCO DE SANGRE Y TEJIDOS DE LAS ILLES BALEARS**. Toda vez que ADALMO *ya disponía de las autorizaciones* licitó para el meritado concurso donde también lo hizo ISMA. El precio de licitación era de 81.642,60 euros anuales y ADALMO se lo adjudicó por 63.469,98 euros. La oferta económica de ISMA fue ligeramente inferior, pero ADALMO fue adjudicataria del concurso *por mejoras técnicas*. Mientras que el mes de julio de 2008, la adjudicación a ISMA fue de 540 euros inferior a la licitación, cuando ADALMO *ya dispuso de las autorizaciones* y concurrió al concurso en 2011, la rebaja de ISMA superó los 18.000 euros. Destacar que en este concurso solamente se presentó ISMA y no ABH.

Caso análogo fue el del concurso del **AREA DE SALUD DE MENORCA**. Nuevamente solamente se presentó ABH, *como había sido habitual*. El precio de licitación fue de 293.184,25 euros y ADALMO se lo adjudicó por 165.449,52 euros. ABH realizó una bajada similar, aunque ligeramente superior a la de ADALMO. Por tanto, una rebaja de unos 125.000 euros. Una bajada más que destacada teniendo en cuenta que en el concurso anterior el precio de adjudicación era solamente 18.000 euros más económico que el de licitación, de un montante de 519.487,20 euros.

Precisamente la ausencia de una real y efectiva concurrencia de empresas licitadoras con voluntades libres y autónomas, permite a las dos empresas ajustar –y en ocasiones agotar en su oferta– el precio de licitación, de suerte que entre éste y el precio de adjudicación o bien no hay diferencia alguna, o bien es una diferencia insignificante, lo que a su vez permite a ABH tener unos márgenes comerciales –según sus cuentas anuales– de entre un 20 y un 25 por ciento, pingüe margen comercial que obedece precisamente a esa predeterminada certeza de poder ofertar en los concursos precios muy aproximados, si no iguales, a los precios de licitación, de forma que en ausencia de competencia efectiva, los precios de licitación no presentan sustanciales diferencias –o, en ocasiones, ninguna– con los precios finales de adjudicación.

5º Otros pactos concurrentes entre las entidades ABH e ISMA.

Es asimismo una evidencia que entre ambas entidades concurren otras prácticas concertadas que se concretan en la asistencia mutua para la recogida de determinados residuos de los centros adjudicados, en función del Grupo clasificado al que responden los expresados residuos (Grupo I residuos ordinarios: plásticos, embalajes, domésticos; Grupo II residuos sanitarios no peligrosos: guantes, yesos, compresas, gasas, bolsas, etc; y Grupo III residuos sanitarios peligrosos: agujas, sangre, material quirúrgico, etc).

De conformidad con el *expresado pacto de asistencia*, resulta que:

1º ABH recoge residuos correspondientes al Grupo II y Grupo III.

2º ISMA recoge los residuos correspondientes al Grupo I y Grupo III.

En consecuencia, acontece que:

1º en los centros adjudicados a ABH y comoquiera que ésta **no recoge** residuos del Grupo I, la recogida la efectúa ISMA.

2º en los centros adjudicados a ISMA y comoquiera que ISMA no recoge residuos del Grupo II, la recogida la efectúa ABH, salvo en la Clínica Rotger, en la que comoquiera que ISMA dispone de un vehículo de pequeñas dimensiones del que carece ABH, los residuos correspondientes al Grupo II los recoge la propia ISMA.

3º en el HOSPITAL DE INCA, de cuya recogida es adjudicataria ABH, los contenedores de residuos que no son del Grupo II ni III, son de ISMA.

4º en la CLINICA JUANEDA de cuya recogida es responsable ISMA, procede a la recogida un camión de ABH sin indicativo ni logotipo de su pertenencia a esta entidad.

En suma, todos esos plurales indicios, interpretados de forma interrelacionada y de conformidad con las normas de la **lógica**, de las pautas de la experiencia y reglas del comportamiento humano, **evidencia** una conclusión incriminatoria **sin posible alternativa divergente**, de suerte que **debe concluirse razonablemente** que entre las entidades ABH e ISMA concurren los pactos colusorios expresados que falsean las normas de la libre competencia, en situación de duopolio y suponen un abuso de posición dominante de la primera.

SEGUNDO.- El **mercado** de la gestión de residuos sanitarios ya ha sido analizado en otras ocasiones por la hoy extinta Comisión Nacional de la Competencia (*Resolución S/0014/07 Gestión Residuos Sanitarios y C/0185/09 Consenur Ecotec*).

1º *Mercado geográfico.*- En los expedientes señalados anteriormente se definió como ámbito geográfico relevante de la gestión de residuos sanitarios el **nacional** ya que las empresas presentes en este sector suelen ejercer su actividad en todo el territorio nacional.

Sin embargo, las barreras a la entrada para nuevos oferentes que supone la necesidad de obtener **una autorización administrativa** en cada Comunidad Autónoma para ejercer esta actividad, así como el hecho de que **salvo CONSENUR** el resto de las empresas implicadas en este expediente sólo estén presentes en el ámbito de Baleares, **podría** plantear la posibilidad de considerar como mercado geográfico relevante el de la Comunidad Autónoma de Baleares, sobre todo en los casos de los Grupos I, II y III.

2º Mercado de producto.- En el Expediente S/0014/07 se estableció como mercado relevante el servicio de gestión de residuos sanitarios, que consiste en: (1) el suministro a los establecimientos sanitarios de **contenedores** adecuados para depositar los residuos de su actividad y la **recogida** de estos contenedores; (2) el **tratamiento** específico y descontaminación de los residuos; y (3) la **eliminación** o disposición final de los residuos.

En la cadena de gestión integral de los residuos sanitarios, por tanto, hay que diferenciar claramente los varios procesos específicos que la conforman: la recogida y transporte; su almacenaje; y su tratamiento final.

Para operar en el sector de gestión de residuos sanitarios es preciso contar con una autorización administrativa **de gestor en cada Comunidad Autónoma** en la que se desee operar. La gestión de este tipo de residuos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Baleares viene regulada por la *Ley 21/2011, de 28 de Julio, de residuos y suelos contaminados*; por el *Real Decreto 833/1988, de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 20/1986, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos*; y por el *Decreto 136/1996, de 5 de Julio, de Ordenación de la gestión de los residuos sanitarios*.

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

El Capítulo II del Decreto 136/1996 clasifica los residuos en tres Grupos, a saber:

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

- Residuos anatómicos, con exclusión de aquellos regulados en el reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.
 - Material punzante, cortante, agujas.
 - Sangre y hemoderivados en forma líquida.
 - Vacunas.
 - Cultivos y reservas.
 - Restos de medicamentos, incluidos citostáticos.
- Grupo IV. En el resto del territorio nacional existe un Grupo IV en el que se engloban los residuos citotóxicos y citostáticos, **mientras** que en la Comunidad Autónoma Balear los dichos conforman parte del Grupo III (*peculiaridad*).

La Dirección de Investigación, partiendo de las informaciones recabadas a las cuatro empresas interesadas en este Expediente Sancionador: ABH (Folios 2465 a 2473), ADALMO (Folios 1381 a 1396), ISMA (Folios 2487 a 2497) y CONSENUR (Folios 3567 a 3576) elaboró la siguiente tabla de autorizaciones que posee cada una de ellas en el ámbito de la Comunidad Autónoma Balear.

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

* equivalente a grupo IV en otras Comunidades Autónomas

De dicho cuadro se infiere (1) que las únicas empresas que están autorizadas para el tratamiento final de residuos sanitarios ordinarios del Grupo III son CONSENUR y, desde el año 2011, ADALMO; (2) en cuanto al tratamiento final de los residuos de los Grupos I y II se realiza en la planta de TIRME en Mallorca, de acuerdo con la aplicación del Plan Director Sectorial; y (3) hay que señalar que los residuos del Grupo I **pueden ser depositados** en contenedores similares a los que se encuentran en las calles de cualquier municipio, por lo que **no necesitan ningún tipo de autorización especial**, pudiendo ser retirados por los servicios municipales de **recogida de residuos urbanos**.

TERCERO.- Son **partes** en este Expediente Sancionador:

1º la denunciante **ADALMO** que opera (1) en la gestión integral de residuos sanitarios y (2) desde el año 2011 posee una planta de tratamiento final de residuos del Grupo III (excluidos los citotóxicos y citostáticos) que compete **directamente** con CONSENUR.

2º la denunciada ABH (Anglobalear de Servicios e Higiene S.L.) que (1) no cuenta con activos de tratamiento de residuos sanitarios en el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Baleares; y (2) opera en la recogida y transporte de residuos sanitarios de los Grupos II y III.

Desde Enero 2012 está controlada por STERICYCLE INC., al que también pertenece CONSENUR. Con anterioridad a esta fecha ABH y CONSENUR no tenían vínculos de propiedad entre sí, **ni directos, ni indirectos**.

3º la denunciada ISMA (Isma 2000 S.L.) que (1) y a semejanza de ABH tampoco cuenta con activo de tratamiento de residuos sanitarios en el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Baleares; y (2) opera en la recogida y transporte de residuos sanitarios de los Grupos II y III.

4º la denunciada CONSENUR (Consenur S.A.) en la Comunidad Autónoma de Baleares opera en el **tratamiento final** de residuos del Grupo III (excluidos los citotóxicos y citostáticos) en una planta que está activa desde 1998, que obviamente es utilizada tanto por ABH como por ISMA dado que éstas **carecen** de planta al efecto donde puedan ser tratados.

Su actuación en la Comunidad Autónoma Balear, comenzó por consecuencia de su adquisición por el Grupo ACS (vía filial TECME) de una pequeña instalación de tratamiento de residuos no sanitarios ubicada dentro del Hospital de Son Dureda.

Y construyó una **planta de tratamiento de residuos**, en la parcela adquirida en el año 2005 que empezó a estar operativa en Octubre del 2007.

CUARTO.- La hoy extinta Dirección de Investigación, a la vista de lo actuado, hace la siguiente calificación jurídica de las conductas examinadas, que concreta del siguiente tenor literal:

1º párrafo (267) “con carácter general, se puede señalar que a la vista de las alegaciones de ABH, ISMA, CONSENUR y ADALMO los hechos acreditados y la calificación jurídica de los mismos **establecida** en el Pliego de Concreción de Hechos **apenas** se han visto alterados, por lo que debe mantenerse la **conclusión** que ABH, ISMA y CONSENUR *<han actuado de forma concertada en la gestión de residuos sanitarios en Baleares, repartiéndose actividades y clientes públicos y privados, concertando precios, compartiendo recursos e información comercial sensible, así como actuando de forma coordinada para intentar eliminar la competencia de ADALMO en el mercado de gestión de residuos sanitarios en Baleares, lo que constituye una infracción única y continuada tipificada en el Artículo 1 de la LDC>*”.

2º párrafo (268) “en particular, *este conjunto de prácticas anticompetitivas que se han acreditado en el expediente de referencia responden a una estrategia global única que tiene un mismo objeto y efecto restrictivo, distorsionar la competencia efectiva en el mercado de gestión de residuos sanitarios en Baleares, afectando a todas las actividades relacionadas con la gestión de residuos sanitarios, a todos los tipos de residuos sanitarios y a todo tipo de clientes, públicos y privados*”.

3º párrafo (269) “el hecho de que haya saltos temporales (**limitados a un máximo de dos años**) en la acreditación de las distintas prácticas

anticompetitivas **no pone en cuestión** la estrategia global anticompetitiva y, por tanto, de una infracción única y continuada”.

4º párrafo (271) “esta actuación concertada se ha podido acreditar de forma diferente para ABH, ISMA y CONSENUR, entre otras razones, **por los diferentes roles asignados a cada una de ellas**”.

- En el caso de **CONSENUR** “su rol se limitaba al **tratamiento** de los residuos del Grupo III generados en Baleares y a la contratación directa con un único cliente” (párrafo 272). “En todo caso, la entrada de ADALMO en el mercado en 2011 puso en riesgo la sostenibilidad de esta estrategia concertada” (párrafo 274).

En el caso de CONSENUR y dado que “las **pruebas directas** de su participación en esta conducta concertada **son más limitadas**, considera que sólo se ha podido acreditar su participación desde el año 2007, fecha en la que abre su propia planta de tratamiento de residuos del Grupo III en Baleares y se hace con el concurso de Son Dureta sin la oposición de ABH e ISMA” (párrafo 276). Y “adicionalmente, hay que tener en cuenta que la concertación anticompetitiva entre CONSENUR y ABH habría finalizado en Enero del 2012, cuando ambas empresas pasan a formar parte del mismo grupo empresarial” (párrafo 277).

“Esta responsabilidad subjetiva es especialmente significativa en el caso de CONSENUR, una vez que esta empresa ya ha sido sancionada por la Comisión Nacional de la Competencia el 18 de Enero de 2010 en el Expediente S/0014/07 por prácticas restrictivas de la competencia en la gestión de residuos sanitarios de clientes públicos en diversas regiones de España en el periodo 2002 a 2007” (párrafo 279).

- En el caso de ABH e ISMA “contratan cada una de ellas **directamente** con un número significativo de clientes, lo que aumenta las necesidades de coordinarse tanto para repartirse los clientes....como para gestionar que una empresa competidora acuda al cliente de la otra para prestar servicios que la primera tiene reservados. Un ejemplo de esto último son los contactos entre ABH e ISMA para que ABH pueda recoger los residuos sanitarios del Grupo II en los clientes de ISMA” (párrafo 273).
- “La actuación concertada anticompetitiva de CONSENUR/ABH con ISMA habría continuado, al menos, hasta la realización de las inspecciones en las sedes de ABH, ISMA y CONSENUR en junio de 2012” (párrafo 277).
- Por consiguiente “ABH, ISMA y CONSENUR serían responsables de esta infracción del Artículo 1 LDC, **al menos en grado de negligencia** por lo que estas empresas **deberían haber sido plenamente conscientes** de su carácter contrario a la normativa de competencia” (párrafo 278).
- Como se deduce de lo expuesto anteriormente, **los efectos en el mercado** de gestión de residuos sanitarios en la Comunidad Autónoma de Baleares han sido negativos.

Por un lado, antes de la presencia de ADALMO... y ante la falta de competencia en el mercado, los acuerdos han tenido como

consecuencia que “los precios ofertados por las tres empresas hayan sido más altos y han provocado que tanto los clientes públicos como privados no hayan tenido la posibilidad de adquirir los servicios... a precios más competitivos, **dañando en consecuencia el interés público**. Estos efectos se ponen especialmente de manifiesto **comparando** los precios y bajas ofertados por ABH, ISMA y CONSENUR antes y después de la entrada de ADALMO, teniendo en cuenta que ABH y CONSENUR pertenecen al mismo grupo empresarial” (parágrafo 281).

Por otro lado “las actuaciones concertadas de ABH, ISMA y CONSENUR para retrasar y hacer frente a la entrada de ADALMO en el mercado... han tenido como efecto reducir y retrasar el desarrollo de la presión competitiva que pueda generar ADALMO en este mercado **e incluso podrían desembocar en la exclusión de este operador**, con los consiguientes perjuicios a largo plazo para la demanda del mercado de gestión de residuos sanitarios en Baleares” (parágrafo 282).

“Este último efecto negativo, no sólo afectaría a ADALMO **sino que podría servir de señal desincentivadora** para terceros operadores que en un futuro puedan plantearse entrar en el mercado de gestión de residuos sanitarios en Baleares” (parágrafo 283).

QUINTO.- La hoy extinta Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de la Competencia, partiendo de la denuncia de ADALMO y de conformidad con lo prevenido en el Artículo 33.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, procede a valorar las alegaciones formuladas y concretadas por las partes, a cerrar la fase de instrucción y a redactar y elevar su Propuesta de Resolución con las prevenciones del Artículo 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Así en el parágrafo (284) dice que “*ABH, ISMA y CONSENUR han incurrido en una infracción muy grave, conforme a lo previsto en el Artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, al haber incurrido en una infracción del Artículo 1 de dicha Ley, consistente en acuerdos colusorios entre competidores, para repartirse el mercado de recogida, transporte y tratamiento de residuos sanitarios de Baleares*” (parágrafo 284).

Por este motivo “*de acuerdo con lo establecido en el Artículo 63 de la Ley 15/2007, la sanción no podrá superar el 10% del volumen de negocios total consolidado de las partes en el año anterior. Los volúmenes de negocios consolidados en el año 2012 de ABH, ISMA y CONSENUR se recogen en los Folios 8050, 7749 y 7990 respectivamente*” (parágrafo 285).

“*Para el cálculo de la sanción, se debe tener en cuenta lo establecido en el Artículo 64 de la Ley 15/2007, así como en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los Artículos 1,2 y 3 de la Ley 15/2007*” (parágrafo 286).

“*En otras cuestiones, esta Dirección de Investigación considera que para fijar este importe puede tenerse en cuenta el volumen de negocios de cada una de las empresas en relación a la gestión de residuos sanitarios en Baleares en*

los años en los que se ha acreditado la comisión de la infracción por cada una de ellas. A estos efectos, junto a la notificación de esta Propuesta de Resolución se requiere a ABH, ISMA y CONSENUR estos datos” (parágrafo 287).

“En lo que se refiere a la existencia de posibles circunstancias agravantes y atenuantes previstas en el Artículo 64 de la Ley 15/2007 esta Dirección de Investigación estima que no concurren circunstancias agravantes o atenuantes” (parágrafo 288).

Y finaliza concretando su Propuesta de Resolución diciendo que “a la vista de lo actuado, conforme al Artículo 30.4 de la Ley 15/2007 se propone:

Primero.- Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el Artículo 1 de la Ley 15/2007 que dan lugar a una infracción única y continuada de este artículo, derivada de acuerdos y actuaciones concertadas entre Anglo Balear de Servicios e Higiene S.L., Isma 2000 S.L., y Consenur S.A., para repartirse actividades y clientes públicos y privados, concertar precios y compartir recursos e información comercial sensible, así como actuar de forma coordinada para hacer frente a la entrada de Adalmo S.L., que distorsionan la competencia en el mercado de gestión de residuos sanitarios de Baleares.

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

Tercero.- Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del Artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007.

Cuarto.- Que se imponga la sanción prevista en el Artículo 63 de la Ley 15/2007 teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el Artículo 64 de la Ley.

Quinto.- Que se adopten los demás pronunciamientos a los que se refiere el Artículo 53 de la Ley 15/2007 en la medida que resulten pertinentes.

Conforme al Artículo 50.4 de la Ley 15/2007 notifíquese esta Propuesta de Resolución a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por conveniente, comunicándoles que éstas deben contener, en su caso, las propuestas de las partes en relación con la práctica de las pruebas y actuaciones complementarias ante el Consejo de la CNC, así como la solicitud de celebración de vista”.

SEXTO.- Con fecha 4 de Julio de 2013 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia un escrito de ISMA solicitando una ampliación del plazo para realizar alegaciones a la Propuesta de Resolución (Folios 8467 a 8468), solicitud que fue denegada mediante acuerdo de fecha 8 de julio de 2013 (Folios 8471 a 8473).

Con fecha 17 de julio de 2013 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución presentado por ADALMO, al que se adjuntaba un Anexo explicativo sobre la adjudicación de un expediente de contratación de gestión de residuos sanitarios en Baleares del año 2013, solicitando la unión al expediente (Folios 8476 a 8487).

Hasta la fecha no han tenido entrada en la Comisión Nacional de la Competencia alegaciones a la propuesta de resolución del resto de interesados en el expediente de referencia.

Elévese este Informe al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, junto con el expediente, de acuerdo con el Artículo 50.5 de la Ley 15/2007.

Madrid, 22 de Julio de 2013. La Directora de Investigación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, dispone en su Artículo 1 Conductas colusorias. Apartado 1. *Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; b) la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; c) el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; e) la subordinación de celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*

Por su parte, el Artículo 62 aborda en su apartado 4 las infracciones muy graves: *a) el desarrollo de las conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.*

El Artículo 63.1.c) *las infracciones muy graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*

Dado que toda resolución (ya sea judicial o administrativa) es la adscripción a un **silogismo** en el que la mayor es la concreción de una relación de hechos probados y la menor la realidad de unos preceptos normativos en los que los hechos probados son o pueden ser incardinables, necesariamente la conclusión no puede ser sino el resultado inequívoco de todo ello.

SEGUNDO.- Partiendo de la denuncia de ADALMO, la hoy extinta Dirección de Investigación imputa a **CONSENU**R una conducta incardinable en el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Importa decir a modo de **proemio** que (1) hechos acreditados no es igual que hechos probados; (2) los indicios o meras presunciones no son pruebas directas o concluyentes, y (3) la calificación de negligencia a una conducta no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo.

Al efecto debemos partir de los siguientes hechos ciertos, indubitados y fehacientes que conforman el expediente administrativo. Y éstos son:

1º la denunciante ADALMO en ningún momento o apartado de su denso y valorativo escrito de 12 de Marzo del 2012, que conforma el Primero de los Hechos Probados, **denunció** a CONSENU

R, no obstante ser competidores directos en el sector del tratamiento final de residuos sanitarios. Y, por el contrario, sí lo hizo única y exclusivamente a ABH e ISMA como competidores reales en el campo de los Grupos I y II.

2º En su Propuesta de Resolución, la hoy extinta Dirección de Investigación manifiesta que en lo concerniente al tratamiento final de residuos, CONSENU

opera exclusivamente en los del Grupo III (excluidos los citóxicos y citostáticos), en una planta que está activa desde 1998; que la construyó en una parcela adquirida en el año 2005, que empezó a estar operativa en Octubre del 2007; y que entra en competencia con ADALMO, en este concreto campo del mercado de tratamiento final de residuos cuando esta última entra en el mercado en el año 2011.

Así mismo, la Dirección de Investigación, hoy extinta, en el parágrafo (236) manifiesta literalmente que *“en el presente expediente se ha verificado mediante una prueba de presunciones [...] la existencia de un pacto de no competencia de CONSENU*R *con empresas competidoras, ABH e ISMA.”*. Y en el parágrafo (239) *“el hecho que CONSENU*R **no haya prestado servicios de recogida y transporte** de residuos sanitarios en Baleares **no impide considerarla** como potencial empresa competidora en estas dos fases de la gestión, ya que estaba en condiciones de competir en estas dos fases, porque tenía los medios para llevar a cabo las inversiones necesarias, disponía de los activos **en el resto de España** y de hecho ha comenzado a operar **indirectamente** en estas fases en Baleares **con la integración de ABH en su mismo grupo empresarial, desde Enero del 2012”.**

Esta SALA DE COMPETENCIA, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, entiende que estos juicios no comportan un valor probatorio, por lo que *discrepa sustancialmente de tal valoración e imputación a CONSENU*R *y procede declarar que* **no se ha acreditado la existencia de prácticas colusorias por parte de esa empresa en el mercado de gestión de residuos sanitarios**, *en tanto no ha operado en ese ámbito del sector analizado, no habiendo conculcado lo prevenido en el Artículo 1 de la Ley 15/2007”*.

La Sala de Competencia igualmente discrepa y, por tanto, no asume la imputación que hace la extinta Dirección de Investigación “en cuanto que CONSENU

R propició pasos tendentes a impedir la entrada de ADALMO en el concreto campo del **tratamiento final de residuos sanitarios**”. Simplemente y

según aparece suficientemente probado en este Expediente Sancionador **“fue parte interesada en un expediente administrativo”**, vertiendo sus opiniones sobre la idoneidad de tal pretensión a la luz de la conducta que se le imputaba al Gerente de dicha empresa y a la carencia de las autorizaciones administrativas requeridas por la Consellería del Govern Balear. Es de general conocimiento que los expedientes administrativos son contradictorios y lo expuesto en ellos no implica, *per se*, la existencia de concertaciones anticompetitivas y, por ello, incardinables en el Artículo 1 de la Ley 15/2007 y por tanto sujetos a sanción y multa.

Todo ello, conlleva a declarar el archivo de las actuaciones en orden a la imputación a CONSENUR.

TERCERO.- La hoy extinta Dirección de Investigación, partiendo de la denuncia de ADALMO imputa a **ABH e ISMA** *“el repartirse los clientes y actividades en el ámbito de Baleares; concertaron precios y recursos empresariales, todo ello con el objetivo de beneficiarse de una ausencia de competencia real en el mercado de residuos sanitarios en Baleares”*.

Conviene señalar que, en todo caso, esta Imputación tiene dos etapas: La primera, en el tiempo anterior a la entrada de ADALMO en el mercado, partiendo de las consideraciones contempladas en su escrito de denuncia; y la segunda, en los momentos posteriores. Por ello, procede concretar lo siguiente:

(1º) CONSIDERACIONES GENERALES.-

(A) La competencia, en su dimensión económica, hace referencia a la eficiencia en la asignación de los escasos recursos de la sociedad, al movilizar a todo el que lo desee para que ofrezca los bienes o servicios que produce con la mayor calidad y el menor coste.

La Comisión Europea, desde sus tempranos inicios, viene diciendo en este sentido que *“el papel asignado a la competencia es el de un proceso regulador de la actividad económica que se deriva de las preferencias expresadas en el mercado, a través de las decisiones individuales de productores y consumidores”* (XIV Informe sobre Política de Competencia 1984).

No existe, sin embargo, una definición oficial del término competencia, siendo las aproximaciones que se hacen al concepto siempre *tentativas* huyendo de cualquier mención a referencias teóricas. Así, en el Artículo 81 del Tratado se alude *“al juego de la competencia”* lo que sugiere un enfoque pragmático relativo *“a unas condiciones precisas en un mercado concreto”*. En los actos de la Comisión o en las sentencias del Tribunal de Justicia suelen complementarse con los términos *“eficaz, efectiva, funcional o practicable”*.

Esta última calificación fue definida por la Comisión, hace ya años, como *“una competencia eficaz, es decir, cuando las empresas no limitan de forma excesiva o artificial la venta o la producción o cuando aquéllas responden satisfactoriamente a la demanda y cuando hacen participar equitativamente a los consumidores en los beneficios que se derivan del progreso técnico y económico”*.

En síntesis, la competencia se entiende referida siempre a una circunstancia y a un mercado concreto, por lo que existirá una competencia distinta, en su naturaleza e intensidad, motivada por razones objetivas del sector y subjetivas de las empresas.

Las varias Leyes de Defensa de la Competencia, especialmente desde la 16/1989 a la vigente 15/2007, destacan que “*representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad*” que “*es el de libre empresa en el marco de la economía de mercado*” ex Artículo 38 de la Constitución Española.

El término *competencia perfecta* es un concepto que hace referencia a la situación ideal de un mercado en el que se cumplieran simultáneamente las siguientes cuatro condiciones (1) homogeneidad del producto, que lleva a que no haya razones objetivas para preferir entre productos de la misma clase, (2) oferentes y demandantes en gran número (mercado atomizado) sin que ninguno de ellos pueda ejercer una influencia sensible sobre el precio (todos son precios-aceptantes), (3) información completa y perfecta, sin coste para oferentes y demandantes, para tomar decisiones de producción y consumo (no hay costes de información) y (4) movilidad completa de los recursos (inexistencia de barreras de entrada y de salida).

Bajo estas condiciones ideales, los bienes son producidos en cantidades tales que sus precios se igualan a los costes marginales precisamente en el punto en que éstos coinciden con los costes medios mínimos respectivos.

Esta concepción idealista de la competencia perfecta, concluyente en una atomización de la oferta, no es generalmente posible en la práctica (entre otras muchas razones porque *la oferta implicaría que las unidades de producción serían muy pequeñas y producirían a unos costes muy altos*); de ahí que las corrientes económicas actuales utilicen el término conceptual de *competencia practicable* sobre el que, en todo caso, no existe un concepto doctrinal, pero sí aplicativo por la Comisión Europea.

Ahora bien, es evidente que cuanto más cercano sea un mercado a las condiciones ideales de la *competencia perfecta* –tal como se han enunciado más arriba-, mejor garantizada estará la competencia. En particular, cuanto más atomizado esté el mercado –esto es, cuanto más elevado sea el número de empresas concurrentes– más asegurado estará, *ceteris paribus*, el proceso competitivo. Pero eso no implica (ni por sí mismo *demuestra*) que cuando el número de empresas es pequeño, o cuando alguna de ellas ocupa una posición dominante, se esté impidiendo el funcionamiento del libre mercado.

Que el número de empresas presentes en un mercado específico sea pequeño puede deberse enteramente, no a que estén incumpliendo las normas de competencia (mediante acuerdos colusorios para repartirse el mercado, fijar precios e impedir el acceso a nuevos operadores), sino a las características naturales del mercado: el tamaño de la demanda en relación al volumen de inversión mínima necesaria para proveer el bien o servicio en cuestión sin incurrir en pérdidas, las características geográficas del mercado (tal como el carácter de insularidad del territorio en el que ha de realizarse la provisión del bien o servicio), etc.

Del mismo modo, disponer de una posición dominante en un mercado no es ilegal; lo que está prohibido, es hacer un uso **abusivo** de esa posición (STS de 11/11/2009, en el recurso Nº 1246/2006, p. 13). Pero con frecuencia resulta difícil delimitar cuáles constituyen acciones abusivas de una empresa y cuáles no (STS, ibid., pp. 13 y ss.), de ahí que en la mencionada sentencia nuestro Alto Tribunal llama la atención sobre la oportunidad de **“resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas,”** toda vez que el procedimiento persigue la búsqueda de la verdad material, no ajustable a expectativas, sospechas o presunciones, y vedando las afirmaciones generales y las meras conjeturas o sospechas, por lo que debe venir precedido de pruebas irrefutables.

(B) En filosofía de la ciencia se denomina “equivalencia observacional” a una situación en la que un fenómeno puede ser explicado de dos formas distintas. En tal caso, a menos que sea posible demostrar que una de las dos explicaciones es definitivamente **la correcta**, no disponemos de bases para favorecer a ninguna de las dos. En el campo del Derecho, esa situación está abundantemente tratada en la jurisprudencia española y comunitaria, y cuando se produce debe aplicar el ya citado principio del TS (*In dubio pro reo*). Así,

(i) *«El beneficio de la duda en el orden sancionador exige desechar como hechos probados aquellos que puedan explicarse por razones diferentes».* Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9761).

(ii) *«Existía, pues, al menos una explicación alternativa [...] no menos racional que [la considerada] por la Sala de instancia [...] En suma, de los indicios de colusión apreciados no podía deducirse sin más, en términos que excluyan la duda razonable, que las empresas sancionadas se hubieran concertado para obtener un beneficio ilícito en detrimento de la competencia, que es lo que castiga el artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. La utilización de la prueba de presunciones no permite, en este caso [...] corroborar la validez de la respuesta jurídico-sancionadora que el Tribunal de Defensa de la Competencia acordó y la Sala de instancia confirmó. [...] La estimación [de este] motivo hace innecesario el examen de los restantes formulados en el recurso de casación».* Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Octubre de 2009 (Recurso 315/2008).

(iii) *« [...] La Comisión debió establecer una prueba suficientemente precisa y coherente para demostrar que la conducta de los implicados fue el resultado de una práctica colusoria. Ese requisito no es satisfecho cuando los concernidos son capaces de probar que los hechos que la Comisión consideró imposibles de explicar por motivos distintos a la concertación pueden ser explicados de un modo distinto a ese [...]*

El razonamiento de la Comisión está basado en la suposición de que los hechos establecidos no pueden ser explicados de otra manera que no sea la de concertación [...] Frente a ese argumento, es suficiente con que los implicados prueben la existencia de circunstancias que, permitiendo observar los hechos desde otra óptica, den pie a una explicación alternativa con la que sustituir a la proporcionada por la Comisión [...] Los implicados han probado la existencia de esas circunstancias [...] El hecho de que el 26 de Octubre de 1976 [el implicado X] enviara un télex [al implicado Y] referente a la reducción

de precios, no constituye, en sí mismo, prueba definitiva de la existencia de una Práctica concertada [...]

La Comisión no ha producido una prueba suficientemente precisa y coherente para demostrar que el comportamiento de los implicados fue el resultado de una Práctica colusoria [...]. En consecuencia, la petición de los implicados debe ser atendida en este punto, y el Artículo (1) de la decisión recurrida, declarado nulo. En consecuencia, el Artículo (2), que impone sanciones a los recurrentes sobre la base [de haber realizado una Práctica concertada], también debe ser anulado». Sentencia del TJCE de 28 de marzo de 1984, Asturiana de minas y Rheinzink c. Comisión, asuntos C-29/83 y C-30/83.

(2º) Pues bien, esa es precisamente la situación que, a juicio de esta SALA, envuelve el presente caso.

En primer lugar, la extinta Dirección de Investigación coincide con la denunciante (ADALMO) en señalar que los acuerdos suscritos por las denunciadas ABH, ISMA y CONSENUR son en sí mismos suficientemente probatorios de que tenían por objeto “*el repartirse los clientes y actividades en el ámbito de Baleares [y] concertar precios y recursos empresariales, todo ello con el objetivo de beneficiarse de una ausencia de competencia real en el mercado de residuos sanitarios en Baleares*”. Ahora bien, de lo instruido en el expediente no se extrae esa conclusión con **certidumbre** incuestionable; y entonces, tal como aducen las empresas denunciadas, esos acuerdos pueden igualmente entenderse como conducentes a hacer posible la provisión del servicio en su integridad, dada la **segmentada especialización** de cada una de las empresas participantes.

Contra esa realidad de segmentación de actividades dentro del sector, no es aceptable argüir (Parágrafo 239 de la Propuesta de Resolución) que “*El hecho de que CONSENUR no haya prestado servicios de recogida y transporte de residuos sanitarios en Baleares no impide considerarla como potencial empresa competidora en estas dos fases de la gestión, ya que estaba en condiciones de competir en estas fases, porque tenía los medios para llevar a cabo las inversiones necesarias, [ya que] disponía de los activos necesarios en el resto de España*”. La razón es bien sencilla: es posible que, tras evaluar los costes y beneficios asociados a niveles de actividad más elevados en el mercado balear, la empresa hubiera concluido que, **en ese momento**, una expansión de su tamaño, ya fuese en volumen o en diversificación, le resultaba sub-óptimo.

En segundo lugar, tampoco es particularmente sólido como *prueba* de una posible colusión por parte de las denunciadas en el periodo anterior a la irrupción de ADALMO en el mercado, el hecho de que en ese periodo las adjudicaciones de los concursos convocados por diversos organismos públicos y privados de la Comunidad Balear alcanzaran un valor muy próximo al precio de licitación, en tanto que, tras la incorporación de ADALMO, los precios de adjudicación disminuyeran de manera sensible. A falta de otras pruebas **irrefutables** de colusión y reparto del mercado, el fenómeno expuesto aparece como enteramente natural: es lo que se espera que ocurra cuando aumenta el número de empresas concurrentes.

En tercer lugar, de lo instruido en este Expediente tampoco es posible concluir con **certidumbre** incuestionable que alguna de las denunciadas hiciera un uso abusivo de su consolidación en el mercado por el mero hecho de personarse como parte interesada en el expediente administrativo en el que ADALMO pretendía obtener una licencia (autorización administrativa preceptiva) para poder operar en el mercado; y no es lícito especular, sin otras pruebas, sobre qué intenciones motivaban esa personación, pues si bien podría ser que se trataba de bloquear la entrada de la denunciante en el mercado, *también podría ser*, como aduce la otra parte, que su personación tuviera por objeto exponer sus dudas acerca de la idoneidad de ADALMO para obtener la licencia, dadas las circunstancias legales concurrentes. En todo caso, ejercitaba su derecho legal a personarse en ese expediente contradictorio y público.

Finalmente, de lo instruido en este Expediente tampoco se desprende con **certidumbre** incuestionable que una vez ADALMO quedó incorporada al sector, las denunciadas establecieran acuerdos tendentes a imposibilitar que aquélla ganara licitaciones en los concursos convocados por organismos públicos y privados de la Comunidad Autónoma Balear. En realidad, el Expediente muestra que ADALMO ganó algunos concursos y perdió otros, y en él no existe prueba sólida alguna de que, como afirma la demandante, las demandadas concursaran a precios por debajo de sus propios costes.

En consecuencia, esta SALA DE COMPETENCIA no comparte la Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación, hoy extinta, al no apreciar conductas incardinables en el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, ni en el periodo de tiempo anterior a la entrada de ADALMO en el sector de la recogida, transporte y transformación de residuos sanitarios, ni en el periodo posterior a la misma.

En consideración a todo lo anteriormente expuesto, esta SALA DE COMPETENCIA, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, VISTOS los preceptos citados y los demás de general aceptación, en la Sesión Plenaria del 16 de Enero del 2014

HA RESUELTO

UNICO.- Ordenar el ARCHIVO de este Expediente Sancionador S/0415/12 ABH-ISMA, iniciado a virtud de denuncia interpuesta por ADALMO S.L., e instruida por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, hoy extintos, contra ABH, ISMA y CONSENUR por no apreciar que las conductas investigadas e imputadas a dichas empresas, *derivadas de acuerdos y actuaciones concertadas, para repartirse actividades y clientes públicos y privados, concertar precios y compartir recursos e información comercial sensible, así como actuar de forma coordinada para hacer frente a la entrada de la denunciante Adalmo S.L., e incardinables en el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, distorsionaban la competencia en el mercado de gestión de residuos sanitarios en Baleares,* hayan sido probadas.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese fehacientemente a todas y cada una de las partes interesadas, haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en esta vía previa administrativa, pudiendo hacerlo en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente al de su notificación, ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la Audiencia Nacional.