

ACUERDO DE NO INCOACIÓN Y ARCHIVO DE LAS ACTUACIONES

SERVICIOS SANITARIOS BALEARES

S/0008/23

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 29 de noviembre de 2023

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), con la composición expresada, ha dictado el siguiente acuerdo en relación con las actuaciones tramitadas por la Dirección de Competencia (**DC**), a raíz de una denuncia presentada por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1,3 y 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**).

TABLA DE CONTENIDO

1. ANTECEDENTES.....	3
2. PARTES	3
2.1. DENUNCIANTE: VITHAS	3
2.2. DENUNCIADOS	4
2.2.1. JUANEDA	4
2.2.2. (dato personal).....	4
2.2.3. SERVIAIR	4
2.2.4. Grupo IMED.....	4
2.2.5. (dato personal).....	5
3. MERCADO	5
4. HECHOS denunciados.....	5
5. FUNDAMENTOS DE DERECHO	8
5.1. Competencia para Resolver.....	8
5.2. Objeto del acuerdo y propuesta del órgano instructor.....	8
6. VALORACIÓN jurídica	9
6.1. Sobre la obligación de notificación de las operaciones societarias descritas en la denuncia.....	9
6.2. Sobre la alegada vulneración del artículo 1 LDC.....	10
6.2.1. Principios	10
6.2.2. Aplicación al caso.....	11
6.3. Sobre la alegada vulneración del artículo 3 LDC.....	13
6.3.1. Principios	13
6.3.2. Aplicación al caso.....	14
7. ACUERDA.....	15

1. ANTECEDENTES

- (1) El 25 de abril de 2022 tuvo entrada en la CNMC un escrito de VITHAS SANIDAD S.L.U. (“VITHAS”) en el que denunciaba a CLÍNICA JUANEDA, S.A. (“JUANEDA”) y, en su caso, a los miembros de su Consejo de Administración: SERVIAIR, S.L.U. (“SERVIAIR”), (dato personal) (“JAB”), accionista mayoritario de JUANEDA y (dato personal), así como al grupo IMED, por posible vulneración de los artículos 1,3 y 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
- (2) Con fecha 5 de diciembre de 2022 se recibió un escrito de ampliación de la denuncia, añadiendo como denunciado a (dato personal)¹ e indicando que su propósito es poner en conocimiento de la CNMC los hechos sucedidos desde la presentación de la denuncia, así como aquellos de los que VITHAS ha tenido constancia con posterioridad a esa fecha.
- (3) El 1 de junio de 2023, la Dirección de Competencia requirió a VITHAS para que subsanase la solicitud de confidencialidad de dichos escritos y de sus anexos. VITHAS presentó la citada subsanación el 8 de junio de 2023.
- (4) La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha deliberado y fallado el asunto en su reunión de 29 de noviembre de 2023.

2. PARTES

2.1. DENUNCIANTE: VITHAS

- (5) VITHAS es la matriz de un grupo sanitario español controlado de forma exclusiva por GOODGROWER desde febrero de 2021².
- (6) VITHAS está activa en la prestación de servicios de asistencia sanitaria privada en España, para lo que cuenta con 19 hospitales y 31 centros médicos sin internamiento distribuidos por 13 provincias españolas.

¹ Presidente de Helios Healthcare Spain (sociedad cabeza del Grupo Quirón).

² C-1156/20 GOODGROWER/VITHAS.

- (7) En el momento de presentación de la denuncia VITHAS poseía el 14,7% del capital social del denunciado JUANEDA, nombrando un representante en su Consejo de Administración³.

2.2. DENUNCIADOS

2.2.1. JUANEDA

- (8) JUANEDA es la matriz de un grupo sanitario español activo en la prestación de servicios de asistencia sanitaria privada en las Islas Baleares, donde cuenta con una red de 5 hospitales (2 en Mallorca⁴ y 3 en Menorca⁵).

2.2.2. (dato personal)

- (9) (dato personal) (JAB) era el accionista mayoritario de JUANEDA (73,43%) en el momento de presentación de la denuncia, nombrando 2 representantes en el Consejo de Administración de esa empresa.

2.2.3. SERVIAIR

- (10) SERVIAIR es una empresa activa en el sector de la aviación privada propiedad de un empresario suizo. Cuando se presentó la denuncia poseía el 11,32 % del capital de JUANEDA, nombrando un representante en el Consejo de Administración de esa empresa (dato personal).

2.2.4. Grupo IMED

- (11) Grupo sanitario privado que actualmente cuenta con 4 hospitales generales, 3 policlínicas, un centro de radioterapia oncológica y un centro de diagnóstico por imagen de alta tecnología, situados todos ellos en la Comunidad Valenciana⁶. Es el principal competidor de VITHAS en el mercado de servicios hospitalarios privados en la Comunidad Valenciana.

³ De un total de 4.

⁴ Situadas en Palma, en concreto, el HOSPITAL JUANEDA MIRAMAR, cuyo titular es AGRUPACIÓN MÉDICA BALEAR, S.A (“AMEBA”) y la CLÍNICA JUANEDA.

⁵ Situados en Muro, Ciutadella y Mahón

⁶ A excepción del centro de radioterapia oncológica que se sitúa en Murcia.

2.2.5. (dato personal)

- (12) Actual presidente de Helios Healthcare Spain (sociedad cabeza del Grupo QUIRÓN)⁷.

3. MERCADO

- (13) Tanto la denunciante VITHAS como las denunciadas, Grupo IMED y Grupo JUANEDA (así como el Grupo QUIRÓN) se encuentran activas en el mercado de prestación de servicios de asistencia sanitaria privada. De acuerdo con precedentes de esta autoridad, los mercados de asistencia sanitaria privada tienen carácter provincial. Esto se debe, *“entre otras razones, a las preferencias de los consumidores, que se orientan hacia una asistencia sanitaria cercana con el menor coste y tiempo de desplazamiento posible”*⁸.
- (14) Puesto que la denuncia se refiere a la posible toma de control de JUANEDA, que solo está presente en las Islas Baleares, por parte de otros grupos sanitarios que actualmente no tienen presencia en dichas islas, se considera que el ámbito en el que se habrían desarrollado prácticas denunciadas sería el mercado de prestación de servicios sanitarios privados de las Islas Baleares. No obstante, para la adopción de la presente resolución no resulta necesaria la delimitación exacta de los mercados de producto relevantes, puesto que no afecta a las conclusiones del análisis.

4. HECHOS DENUNCIADOS

- (15) En su escrito de 25 de abril de 2022 VITHAS señala la existencia de un acuerdo anticompetitivo contrario al artículo 1 de la LDC entre dos alegados competidores (JUANEDA y el grupo IMED), que tendría como objeto boicotear la presencia de un tercer competidor (VITHAS) en el control de JUANEDA y con ello en la prestación de servicios sanitarios en las Islas Baleares. Adicionalmente, indica que dicha conducta sería contraria al artículo 3 de la LDC por ser constitutiva de una conducta de competencia desleal por actos contrarios a la buena fe (infracción del artículo 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal) susceptible de afectar al interés público al haber tenido como efecto

⁷ De acuerdo con información obrante en dos noticias de periódico de 10 de noviembre de 2022 presentadas por VITHAS para acreditar este extremo.

⁸ C/1252/21 GRUPO ORPEA / GRUPO HESTIA, párr. 61; C/0640/15 IDC SALUD / RUBER, párr. 40; C/768/16 VITHAS SANIDAD/GRUPO NISA, párr. 45, expediente C/1252/21 GRUPO ORPEA / GRUPO HESTIA, párr. 61; I expediente C/1131/20 SECURE CAPITAL SOLUTIONS 2000 / HOSPITAL POLUSA, párr. 36.

impedir o dificultar el desarrollo por VITHAS de su influencia en la prestación de los servicios de salud en Baleares a través de JUANEDA.

- (16) De acuerdo con la denuncia, en 2015 VITHAS entró a formar parte del accionariado del Grupo JUANEDA. El 24 de marzo de 2015, VITHAS, JAB Y SERVI AIR, suscribieron al efecto un Pacto de accionistas [CONFIDENCIAL]. Asimismo, el Pacto de accionistas preveía una serie de materias en relación con las cuales se requieren quórum y mayorías reforzadas para la adopción de acuerdos.
- (17) De acuerdo con lo indicado por el denunciante, a raíz de la suscripción del Pacto de accionistas de 2015, la sociedad pasó de estar controlada de forma exclusiva e indirecta por JAB a encontrarse en un escenario de “no control” con tres accionistas de referencia: (i) VITHAS (14,70%); (ii) JAB (73,43%); y (iii) SERVI AIR. (11,31%). Este escenario de “no control” derivaba de la existencia de una serie de materias reservadas para las cuales se requería que los acuerdos reuniesen una mayoría cualificada primero del Consejo de Administración de JUANEDA y luego de la Junta de Accionistas de la sociedad.
- (18) Por otra parte, VITHAS denunciaba un cambio *de facto* en la estructura de control de JUANEDA a partir de octubre de 2019 derivado de la alineación de los intereses de SERVI AIR y JAB, dos de los tres accionistas de JUANEDA, en el Consejo de Administración de esa empresa, pasando de una alegada situación de no control a otra alegada situación de control conjunto por parte de dichos accionistas. Se trataría, de acuerdo con VITHAS, de una operación de concentración que no habría sido notificada a la CNMC.
- (19) Con independencia de lo anterior, VITHAS consideraba que, en el momento de presentación de la denuncia, se estaría a punto de producir un cambio *de iure* en la estructura de control de JUANEDA consecuencia de la eventual aprobación del Contrato Marco de Refinanciación de esa empresa por el Juzgado mercantil número 2 de Palma de Mallorca. Dicho contrato preveía [CONFIDENCIAL].
- (20) Según VITHAS, de ejecutarse dicho contrato, el grupo IMED (a través de GRENDON) pasaría a tener la mayoría del capital social de JUANEDA (54,75%), estando en condiciones de ejercer control conjunto sobre dicha empresa junto con JAB (33,23%), con quien presenta intereses comunes, al disponer conjuntamente de una mayoría superior a la mayoría reforzada prevista en los estatutos de esa empresa (75%). Dicha circunstancia implicaría la existencia de una concentración susceptible de notificación a la CNMC por la superación del umbral de cuota de mercado.
- (21) El 17 de junio de 2022, el representante de VITHAS informó mediante correo electrónico a la Dirección de Competencia de que el Juzgado Mercantil 2 de Palma de Mallorca había dictado auto de homologación del acuerdo de refinanciación, habiéndose convocado el Consejo de Administración de

JUANEDA para el 30 de junio, para la posterior convocatoria de la Junta General de Accionistas que aprobaría la ampliación de capital social de JUANEDA, con el consiguiente cambio de la estructura de control de esa empresa ya señalado⁹.

- (22) De acuerdo con la ampliación de la denuncia presentada el 5 de diciembre de 2022, VITHAS presentó una propuesta alternativa de refinanciación para la consideración del consejo de administración de JUANEDA, que fue rechazada en reunión de 30 de junio de 2022.
- (23) En la citada ampliación VITHAS indicó asimismo que el 9 de noviembre de 2022 se formalizó en escritura pública la ampliación de capital de JUANEDA. El mismo día, GRENDON requirió notarialmente a JAB, en su calidad de presidente del consejo de administración de JUANEDA, para que convocase una nueva junta general. Atendiendo al requerimiento, el consejo de administración, en su reunión del 1 de diciembre de 2022 y con el voto en contra de VITHAS, acordó la convocatoria de la indicada Junta de Accionistas para los días 3 o 4 de enero de 2023. La finalidad de la junta sería ampliar en tres el número de consejeros del consejo de administración y modificar las mayorías de votación, eliminando cualquier mayoría reforzada y dejándola en mayoría absoluta¹⁰. Los tres nuevos puestos serían ocupados por consejeros designados por GRENDON. De acuerdo con VITHAS, la consecuencia práctica de estas modificaciones estatutarias es que, a raíz de esta reforma, para adoptar un acuerdo serán suficientes los votos de los consejeros de GRENDON y un consejero adicional (JAB, JSS y/o dato personal)¹¹.
- (24) Asimismo, de acuerdo con la ampliación de la denuncia, VITHAS habría recibido informaciones a través de canales informales de que (dato personal)¹² ha adquirido de forma indirecta control del Grupo JUANEDA a raíz de estos acontecimientos. VITHAS alega que Grupo JUANEDA, Grupo QUIRÓN y Grupo IMED son competidores en el mercado, lo que sugiere que podría haber tenido

⁹ Según información recibida posteriormente, el 9 de agosto de 2022, la Junta General de Accionistas de JUANEDA aprobó la citada ampliación de capital, previendo que GRENDON suscribiera en su totalidad las nuevas acciones emitidas.

¹⁰ Con ello se daría cumplimiento a lo establecido en el Acuerdo de 19 de septiembre de 2022, remitido a la Dirección de Competencia en el marco de la prenotificación de la operación de concentración (PRE/468/22 CLÍNICA JUANEDA, S.A. / GRENDON INVESTMENTS, S.A).

¹¹ Esta información ha sido confirmada por el representante de GRENDON en correo electrónico remitido a la Subdirección de Servicios con fecha 17 de enero de 2023, confirmando que las citadas modificaciones estatutarias fueron aprobadas en la Junta General de Accionistas de JUANEDA que tuvo lugar el 3 de enero de 2023 y aportando las escrituras de elevación a público de los citados acuerdos sociales.

¹² Presidente de Helios Healthcare Spain (sociedad cabeza del Grupo QUIRÓN).

lugar un acuerdo ilícito, siendo la cuota de mercado combinada de Grupo Juaneda y Grupo Quirón en Baleares de un 64,62%.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1. Competencia para Resolver

- (25) De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley de creación de la CNMC, compete a este organismo “*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”¹³. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio*” y, según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, “*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”¹⁴.

5.2. Objeto del acuerdo y propuesta del órgano instructor

- (26) La Sala de Competencia debe resolver si concurren los requisitos para acordar la no incoación y el archivo de las actuaciones de conformidad con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC.
- (27) La DC remitió una propuesta al Consejo de la CNMC. En dicho documento se proponía el archivo de las actuaciones por la inexistencia de indicios de infracción, todo ello con el siguiente tenor literal:

“Por ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por VITHAS, por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley”.

¹³ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013.

¹⁴ Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE núm. 209, de 31 de agosto de 2013.

6. VALORACIÓN JURÍDICA

6.1. Sobre la obligación de notificación de las operaciones societarias descritas en la denuncia

- (28) La no incoación de un procedimiento como consecuencia de una denuncia de una infracción del artículo 9 de la LDC no forma parte, en sentido estricto, del ámbito del artículo 49,3 de la LDC. Sin embargo, la conexión entre estos hechos y el resto de las conductas denunciadas aconseja realizar un análisis preliminar de los cambios de control acontecidos en las sociedades denunciadas y del pretendido incumplimiento de la obligación de notificación de la operación de concentración.
- (29) En consonancia con la DC, esta Sala no coincide con la definición de situación de “no control” en JUANEDA que, según el denunciante, derivaría de la firma del Pacto de accionistas en 2015. [CONFIDENCIAL].
- (30) Así se analizó en la nota de cierre de la ACP 006/2018 JUANEDA, abierta tras el posterior planteamiento, por parte de VITHAS, de un posible cambio de la estructura de control de JUANEDA, derivado del aumento del capital social aprobado por su Junta de Accionistas el 11 de diciembre de 2017. En dicho expediente se concluyó que no se había producido un cambio en la estructura de control que diese lugar a una operación notificable y así se comunicó a VITHAS.
- (31) Respecto al alegado cambio *de facto* en la estructura de control de JUANEDA, mencionado en la primera denuncia, derivado de una supuesta alineación de los intereses de SERVIAIR y JAB en el Consejo de Administración de esa empresa a partir de octubre de 2019, esta Sala considera que no es necesario analizarlo en profundidad por cuanto, aun en el caso de haberse producido, la eventual infracción del deber de notificación ya habría prescrito¹⁵.
- (32) En cuanto al cambio *de iure* en la estructura de control de JUANEDA derivado de la ejecución del Contrato Marco de Refinanciación de esa empresa denunciado por VITHAS, GRENDON notificó dicha operación a la CNMC el 1 de agosto de 2022, desistiendo posteriormente de la misma (5 de agosto) al no haberse presentado en forma.

¹⁵ Al tratarse de una alegada infracción grave, su prescripción, según lo previsto en el artículo 68.1 de la LDC, se produjo a los dos años desde el día en que se cometió la infracción.

- (33) Con fecha 5 de agosto de 2022 se recibió prenotificación de la operación de concentración entre CLÍNICA JUANEDA, S.A. y GRENDON INVESTMENTS¹⁶, S.A. [CONFIDENCIAL].
- (34) Tras analizar la operación y la naturaleza de control que GRENDON INVESTMENTS, S.A. ejercería sobre CLÍNICA JUANEDA S.A. tras su entrada en el capital social de esa empresa, la DC concluyó, que, del acuerdo firmado el 19 de septiembre de 2022 no se desprendía que la entrada de GRENDON en el capital social de JUANEDA generase un cambio en la estructura de control de esa empresa [CONFIDENCIAL].
- (35) Con fecha 15 de noviembre de 2022, se confirmó al notificante que la opinión preliminar de la DC era que la operación, de acuerdo con la información aportada, no era notificable [CONFIDENCIAL].
- (36) Con fecha 17 de abril de 2023, se recibió una nueva prenotificación¹⁷ [CONFIDENCIAL].
- (37) Por ello, con fecha 11 de mayo de 2023 se indicó al notificante que la opinión preliminar de la DC es que la modificación de los artículos 26 y 28 de los estatutos sociales, de acuerdo con la información aportada, no es notificable por no poder extraerse que haya adquisición de control sobre la empresa de acuerdo con en el artículo 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 54 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).
- (38) Por todo lo señalado con anterioridad, esta Sala coincide con la posición sostenida por la DC y no comparte las conclusiones de la denunciante sobre el incumplimiento de la obligación de notificación prevista en el artículo 9 de la LDC a la que alude en su denuncia.

6.2. Sobre la alegada vulneración del artículo 1 LDC

6.2.1. Principios

- (39) El artículo 1 de la LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.
- (40) La razón es que el funcionamiento competitivo del mercado exige que cada operador decida su comportamiento y tome sus decisiones de manera

¹⁶ PRE/468/22 CLÍNICA JUANEDA, S.A. / GRENDON INVESTMENTS, S.A.

¹⁷ PRE/532/23 GRENDON / JUANEDA

independiente, pues al tomarse éstas de manera concertada, ya sea tácita o implícitamente, se limita la competencia¹⁸.

- (41) Para incoar un expediente sancionador por infracción del artículo 1 de la LDC es necesario que existan indicios de un acuerdo o de una práctica concertada o conscientemente paralela en el que los operadores, de forma dolosa o negligente, concierten seguir una determinada estrategia competitiva en el mercado afectado, incluido el boicot.
- (42) Se considera que existe un acuerdo cuando las partes se asocian en un plan común que limita o puede limitar su política comercial individual al determinar sus pautas de acción o abstención mutuas en el mercado, no siendo necesario que dicho acuerdo entre competidores conste por escrito¹⁹.

6.2.2. Aplicación al caso

- (43) En su primera denuncia, VITHAS alegaba la existencia de un acuerdo anticompetitivo contrario al artículo 1 LDC entre grupo JUANEDA (y parte de sus socios) y el grupo IMED, a través de la financiación de JUANEDA mediante sociedades pantalla, que tendría como alegado objeto boicotear la presencia de un tercer competidor (el denunciante, VITHAS) en el control de JUANEDA y con ello en la prestación de servicios sanitarios en las Islas Baleares.
- (44) En su escrito de ampliación de la denuncia, sin embargo, VITHAS alega que ha recibido informaciones a través de canales informales de que (dato personal), actual presidente de Helios Healthcare Spain (sociedad cabeza del Grupo QUIRÓN) ha adquirido de forma indirecta control del Grupo JUANEDA a raíz de la homologación judicial del contrato de refinanciación suscrito por JUANEDA, GRENDON y varias entidades financieras y la consecuente ampliación de capital por compensación de créditos que permite la toma de control de GRENDON sobre JUANEDA.
- (45) A este respecto conviene comenzar aclarando que VITHAS presenta una denuncia por conductas colusorias contrarias al artículo 1 LDC contra el Grupo JUANEDA en su conjunto, del que él mismo forma parte, y cada uno de sus socios por separado, tras años de fuertes desavenencias entre VITHAS y el resto de socios de JUANEDA por hacerse con el control de dicho grupo y con el aparente objeto de frenar una potencial operación de concentración que podría

¹⁸ Ver Sentencias de la AN de 25 y 26 de octubre y 15 y 28 de noviembre de 2012 y 4, 22, 24 y 31 de enero y 26 de febrero de 2013, en el ámbito del expediente S/0226/10 Licitaciones Carreteras; de 1, 4, 5 y 25 de febrero de 2013, en relación con el expediente S/0185/09 Bombas de fluidos y sentencias del TS de 12 de marzo de 2014, 8 y 17 de junio de 2015 y 14 de marzo de 2018 en relación con el expediente S/0086/08 Peluquería Profesional.

¹⁹ Resolución de la CNMC de 13.2.2013 en el expediente S/0343/11, MANIPULADO DE PAPEL

tener consecuencias no deseadas para VITHAS, al ver perjudicada su posición en la estructura de control de JUANEDA y por tanto su influencia decisoria en el seno de dicho grupo. Sin embargo, un posible acuerdo entre competidores (actuales o potenciales) en el marco de la posible adquisición de control de un competidor sobre otro, relativo a la estructura de control de la sociedad, las participaciones o la toma de decisiones, en principio se presume lícito y su análisis tiene lugar en el ámbito de un expediente de concentración (siempre que la operación sea notificable), no mediante un expediente sancionador.

- (46) En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que VITHAS denuncia a grupo JUANEDA por artículo 1 LDC y que, en el momento de presentación de la denuncia, VITHAS era accionista de dicha sociedad (14,70% de participación en su capital social). En el seno del Consejo de Administración de JUANEDA, VITHAS no es un competidor de dicho grupo sino un accionista minoritario.
- (47) Por tanto, no es posible considerar como práctica anticompetitiva de boicot frente a un competidor el hecho de que por parte de JUANEDA se haya pedido una homologación judicial de un contrato de refinanciación, independientemente de que con ello se pueda ver perjudicada la posición de VITHAS en la estructura de control de la sociedad. Las posibles desavenencias en el seno del Consejo de Administración de esa sociedad y la decisión acordada de los socios que ejercen el control de traspasar dicho control a una adquirente en detrimento de otra, no constituye un acuerdo entre competidores contrario al artículo 1 LDC.
- (48) Con respecto a la posible existencia de un acuerdo entre JUANEDA y Grupo IMED para que este último se hiciese con el control de JUANEDA, VITHAS basa sus afirmaciones en su interpretación de ciertos indicios, si bien no ha podido acreditar que SEWARD y GRENDON sean sociedades pantalla del Grupo IMED. [CONFIDENCIAL] y, en todo caso, de nuevo, las decisiones relativas a la adquisición de control en una sociedad no podrían considerarse contrarias a la LDC.
- (49) Por último, en cuanto a la alegada toma de control por parte de (dato personal), VITHAS no aporta ningún indicio racional de que esta persona haya adquirido el control de JUANEDA a través de GRENDON, ni en nombre propio ni en nombre del grupo sanitario que preside. [CONFIDENCIAL]. En todo caso, incluso en el hipotético caso de que (dato personal) hubiera adquirido el citado control de JUANEDA de manera indirecta, facilitando financiación externa a GRENDON, no hay indicios de que se trate de un supuesto acuerdo ilícito entre competidores contrario al artículo 1 LDC, sino de decisiones relativas al control de una sociedad.
- (50) De acuerdo con el denunciante, el alegado objeto del acuerdo entre los denunciados es obstaculizar la actividad de Grupo VITHAS en Grupo JUANEDA, de forma que el primero no podría competir libremente en el mercado a través

de Grupo JUANEDA. Sin embargo, esta Sala considera que el alegado hecho de que VITHAS no pueda tomar el control de JUANEDA para, de ese modo, acceder al mercado balear de prestación de asistencia sanitaria privada a través del control de JUANEDA, no conlleva en modo alguno que no pueda competir libremente en el citado mercado, sino que, si es su deseo acceder al citado mercado, tendrá que hacerlo a través de otros medios.

- (51) Además, algunos de los denunciados por artículo 1 LDC ni siquiera son operadores competidores en el mercado de prestación de servicios sanitarios privados, como es el caso de los otros miembros del Consejo de Administración de JUANEDA denunciados por VITHAS (JAB y Serviair), sin que la denunciante haya explicado cuál sería su incentivo a obstaculizar la actividad del Grupo VITHAS.
- (52) En conclusión, si bien no se pone en duda que la operación de concentración que ha tenido lugar puede tener consecuencias no deseadas para VITHAS al ver perjudicada su posición en la estructura de control de JUANEDA y por tanto su influencia decisoria en el seno de dicho grupo, esta Sala considera que dichos acuerdos no pueden ser analizados desde la perspectiva de una posible infracción del artículo 1 LDC.

6.3. Sobre la alegada vulneración del artículo 3 LDC

6.3.1. Principios

- (53) El artículo 3 de la LDC establece que:
- “La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.”*
- (54) La infracción del artículo 3 de la LDC requiere, por un lado, de un acto de competencia desleal, según establecido en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (**LCD**) y, por otro lado, que dicho acto, por falsear la competencia, afecte al interés público. No es suficiente, por tanto, la afectación de un interés privado, como puede ser un determinado operador.
- (55) La jurisprudencia ha tendido a considerar el falseamiento o la distorsión en función de diversos posibles efectos. Entre ellos estaría un cambio del comportamiento de la demanda o una aptitud de la conducta desleal para influir en la elección de los consumidores entre distintas ofertas (y así provocar que la

oferta de otro no fuera tenida en cuenta o que se produjera una desviación de clientela²⁰).

- (56) Desde la perspectiva de la legislación de competencia, la CNMC es el organismo encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados, y sólo está facultada para enjuiciar la deslealtad de una conducta cuando, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se produce, resulta apta para restringir la competencia efectiva en el mercado, que es el interés público tutelado por la LDC.

6.3.2. Aplicación al caso

- (57) En relación con la concurrencia de un acto de competencia desleal, el artículo 4 de la LCD establece lo siguiente:

“Artículo 4. Cláusula general.

1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a) La selección de una oferta u oferente.*
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.*
- c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.*
- d) La conservación del bien o servicio.*

²⁰ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de marzo de 2002, Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid, Resoluciones del TDC de 28 de julio de 1998 (Expertos Inmobiliarios, Exp. 405/97, confirmada por SAN –Sala de lo Contencioso-Administrativo– de 22 de marzo de 2002 y revocada por otros motivos por STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de marzo de 2005) y de 30 de mayo de 2002 (Agentes Propiedad Inmobiliaria, Exp. 521/01, confirmada por SAN –Sala de lo Contencioso-Administrativo– de 6 de junio de 2005).

e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.

2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.

3. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal”.

- (58) En el caso que nos ocupa, aun en el hipotético caso de que se asumiera la argumentación de la denunciante (*quod non*) de tal manera que los accionistas de la entidad estuvieran acordando un boicot de la misma, dichas empresas y operadores económicos estarían actuando como accionistas de una sociedad, de lo que no podría derivarse que actúan como empresarios a los efectos del artículo 4 LCD, ni que su actividad se dé respecto a sus relaciones con consumidores y usuarios como exige el artículo 4.1 LCD.
- (59) La inexistencia de indicios de un acto de competencia desleal descarta la posibilidad de incoar un procedimiento sancionador por una infracción del artículo 3 de la LDC.

7. ACUERDA

Único. No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones realizadas en el ámbito de la información reservada S/0008/23 por posibles conductas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia al no apreciar, en este momento, la existencia de indicios de infracción.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y notifíquese al denunciante haciéndole saber que contra el mismo no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo

interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.