

RESOLUCIÓN

(Expte S-386-11, IONMED ESTERILIZACIÓN)

Consejo:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 18 Febrero de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición expresada y siendo Ponente la Consejera D^a María Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución de Terminación Convencional del expediente sancionador S/0386/11 que se inició en virtud de la denuncia formulada por MEVION TECHNOLOGY, S.L. contra IONMED ESTERILIZACIÓN, S.A.U. por presuntas conductas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 28 de octubre de 2011 tuvo entrada en esta Dirección de Investigación escrito de denuncia de MEVION TECHNOLOGY, S.L. (en adelante, MEVION), contra IONMED ESTERILIZACIÓN, S.A.U. (en adelante, IONMED), por supuestas conductas prohibidas por la LDC. En particular denuncia que (folios 1-310, 315-377, 385-387 y 862-954):
 - IONMED habría abusado de su posición de dominio en el mercado nacional de servicios de esterilización industrial mediante ionización por electrones acelerados (o también conocida como ionización beta) y en el mercado de transformación de materiales poliméricos, al intentar impedir la entrada de MEVION en dichos mercado mediante el envío de comunicaciones escritas a los dos principales inversores participantes en la ampliación de capital de MEVION, así como a varias entidades relacionadas con dichos inversores, y a la administración concedente de

las ayudas públicas de las que MEVION es beneficiaria. En dichas comunicaciones se realizaban manifestaciones tendenciosas sobre las perspectivas de mercados en los que MEVION pretendía introducirse, así como sobre la integridad y cualificación del equipo directivo de MEVION con el objetivo de hacer fracasar el proyecto, obstaculizando la competencia en los mencionados mercados.

MEVION considera que la falsedad de las afirmaciones de IONMED respecto de las perspectivas de crecimiento del mercado es evidente al compararlas con las afirmaciones contenidas en la página web de la propia IONMED, donde se insiste en el potencial de desarrollo de la tecnología de ionización por electrones acelerados, con los pronunciamientos de la SEPI al respecto en el proceso de venta de IONMED y con las diferentes organizaciones internacionales del sector que destacan la importancia que han adquirido en los últimos tiempos la ionización de alimentos, productos médicos y polímeros.

Respecto de la integridad y cualificación del equipo gestor, MEVION señala que IONMED introduce afirmaciones parciales y malintencionadas en sus comunicaciones a la Administración y a los inversores, referentes a anteriores proyectos empresariales en el mismo sector en los que ha participado el actual Director de MEVION.

- Asimismo, MEVION pone de manifiesto que su equipo comercial está llevando a cabo una labor muy intensa de captación de clientes para su nueva instalación de ionización por electrones acelerados y consiguientemente está manteniendo contactos con potenciales clientes, que han manifestado su interés por contratar los servicios de esterilización mediante ionización con MEVION cuando esté operativa la planta de Óvega. Sin embargo, destacan la imposibilidad de contratar esos servicios por haber alcanzado con IONMED un acuerdo en exclusiva para la prestación de servicios de esterilización por un periodo de tiempo no inferior a cinco años.
 - Por otro lado, se denunciaba que el actual accionista de control de IONMED, la sociedad francesa IONISOS, S.A.S. (en adelante IONISOS), habría infringido el deber de suspensión previsto en el artículo 8.2 LDC, que prohíbe la ejecución de una concentración así como la adquisición de IONMED antes de que haya recaído la pertinente autorización administrativa.
2. Con objeto de determinar la posible existencia de indicios de infracción, de conformidad con el artículo 39 de la LDC, la Dirección de Investigación (en adelante DI), acordó llevar a cabo una información reservada como diligencia previa por si procediera la incoación de expediente sancionador (folios 383-384 y 388-891).
 3. Con fecha 13 de abril de 2012 la DI acordó, de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, incoar expediente sancionador contra IONMED al existir indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE),

consistente en la prestación en exclusiva de servicios de ionización a una parte importante de sus clientes por periodos no inferiores a 5 años, obstaculizando la entrada de posibles competidores (folios 896 y 897).

4. El 14 de mayo de 2012 IONMED presentó escrito en el que solicitaba el inicio de la tramitación de la Terminación Convencional del expediente sancionador y aportaba una propuesta de compromisos (folios 913-956). La propuesta de compromisos según la descripción realizada por la DI en el IPR es la siguiente:

“..IONMED propuso modificar todos los contratos que incluyen una cláusula de exclusividad durante un período indefinido o superior a cinco años en un plazo de seis semanas a partir de la fecha del Acuerdo de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, de forma que la cláusula de exclusividad quedaría limitada a 2, 3 o 5 años, según lo establecido en cada contrato actual y al acabarse la duración natural del contrato, las partes deberán volver a negociar el mismo, incluida la cláusula de exclusividad.

En concreto, propuso modificar la cláusula de duración de los acuerdos, de tal forma que en el caso de los contratos con duración de dos años naturales y prórroga tácita anual quedaría “La duración del presente Acuerdo será de 2 años naturales.”

Los contratos con exclusividad de duración de [3 o 5] años naturales con prórroga tácita anual, tras la modificación propuesta por IONMED quedarían: “La duración del presente Acuerdo será de [3 o 5] años naturales”.

En los contratos redactados en inglés con una duración de 3 años y prórroga tácita anual, IONMED propone que se mantenga “This agreement shall become effective upon execution, and shall be in force for a period of 3 years”.

Asimismo, IONMED se compromete en relación a los posibles nuevos contratos en los que considere oportuno incluir una cláusula de exclusividad, a no incluir cláusulas de exclusividad de duración superior a 5 años y a que no sean renovables tácitamente (folios 917-919 confidenciales y 922-924).”

5. La Dirección de Investigación, el 18 de mayo de 2012, acordó el inicio de las actuaciones tendentes a la Terminación Convencional del procedimiento sancionador (folio 960), suspendiendo el plazo máximo de resolución del expediente de acuerdo con el artículo 37.1 g) de la LDC hasta la conclusión de la Terminación Convencional. El acuerdo fue notificado a IONMED y MEVION, trasladando también a éste último copia de la versión no confidencial de la propuesta de compromisos de IONMED a efectos de que pueda presentar alegaciones (folios 961-970). De acuerdo con el artículo 39.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, la propuesta de compromisos fue trasladada al Consejo de la CNC, para conocimiento, con fecha 31 de mayo de 2012.
6. Con fecha 18 de junio de 2012, MEVION solicita que se desestime la solicitud de Terminación Convencional formulada por IONMED, por no cumplir con el requisito legal contenido en el artículo 52.1 LDC de ofrecer compromisos que

resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de los pactos de exclusiva objeto del expediente (folio 1032 y ss.). Aporta un informe pericial sobre el mercado afectado, propone la realización de determinadas pruebas e insiste en que se incoe procedimiento sancionador por las otras prácticas denunciadas así como por la ejecución sin autorización de la CNC de la toma de control de IONMED por IONISOS.

7. Con fechas 15 y 27 de junio de 2012, IONMED, conforme a los compromisos presentados con fecha 14 de mayo de 2012, aportó copia de los acuerdos por los que se han modificado todos los contratos en los que se incluía cláusula de exclusividad.

En uno de los contratos con exclusividad de IONMED las partes han acordado, con fecha 26 de junio de 2012, una terminación anticipada de dicho contrato. Los restantes continúan con la misma duración que en el contrato original (5, 3 o 2 años), salvo el caso de dos, en los que se reduce la duración de 5 a 3 años, y se elimina la renovación tácita. Asimismo, en todos se establece que la duración del contrato de servicios, independientemente de la modificación, tiene su inicio en el día de la firma original del citado contrato (folios 998, 999 a 1029 confidenciales, 1069 y 1070 y 1070 a 1095 confidenciales).

8. Con fecha 27 de julio de 2012 IONMED presentó información adicional en relación a las alegaciones presentadas por MEVION (folios 1134-1140).
9. Con fecha de 5 de septiembre de 2012 la DI eleva al Consejo la siguiente propuesta:

“Teniendo en cuenta las valoraciones expuestas, se PROPONE que el Consejo de la CNC resuelva la terminación convencional del expediente sancionador S/0386/11, iniciado por denuncia de MEVION contra IONMED por presuntas conductas contrarias a la LDC, de conformidad con lo previsto en los artículos 52 de la LDC y 39.5 del RDC, al considerar que los compromisos presentados por IONMED resuelven los problemas de competencia derivados de la prestación en exclusiva de servicios por periodos no inferiores a 5 años.

Quedará obligada a su cumplimiento IONMED.”

10. Con fecha 31 de octubre de 2012 el Consejo acordó la remisión de a la Comisión Europea en cumplimiento del artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado.
11. El Consejo deliberó y resolvió este expediente en su reunión de 13 de febrero de 2013.
12. Son interesados en este expediente:
 - IONMED ESTERILIZACION, SAU
 - MEVION TECHNOLOGY, S.L.

HECHOS PROBADOS

En su Informe y Propuesta de Terminación Convencional elevado al Consejo la DI hace la siguiente descripción de lo que considera hechos probados.

A) LAS PARTES

IONMED ESTERILIZACIÓN, S.A.U. (IONMED) es una sociedad creada en el año 1995 a iniciativa de la empresa pública ENUSA, perteneciente al Grupo SEPI (Sociedad Española de Participaciones Industriales), que realiza servicios de esterilización industrial.

En 2007, IONMED fue privatizada mediante la venta de sus acciones al grupo francés IONISOS, dedicado asimismo a la actividad industrial de esterilización mediante ionización y otras tecnologías, así como a otras aplicaciones de la tecnología de ionización.

IONMED es propietaria de una planta de ionización por electrones acelerados en Tarancón (Cuenca), que en la actualidad es la única instalación que presta en territorio español servicios de ionización (folios 319 y 852).

MEVION TECHNOLOGY, S.L. (MEVION) es una sociedad cuyo objeto es promover y desarrollar la tecnología de la ionización por electrones acelerados con el fin de prestar servicios de esterilización de productos, servicios de modificación de propiedades físico-químicas de materiales poliméricos y servicios relacionados con la investigación y el desarrollo.

MEVION no ha comenzado aún a prestar servicios de ionización. La sociedad se encuentra actualmente preparando su acceso al mercado y, más en particular, finalizando el proyecto de construcción de su primera instalación de ionización por electrones acelerados, localizada en Ólvega (Soria) (folios 317, 318 y 862).

B) SECTORES AFECTADOS

Antes de entrar en el análisis de los sectores afectados por las prácticas denunciadas, cabe resaltar que las partes señalan que no hay ninguna entidad pública ni privada que realice estudios de mercado sobre los sectores afectados y sólo pueden basarse en su experiencia para explicar los sectores afectados (folio 396 y 856).

1. Esterilización e higienización de productos industriales

La esterilización e higienización es hoy en día, según los interesados, un eslabón esencial en los procesos industriales de un gran número de empresas, en particular, aquellas dedicadas a la fabricación de productos para la salud o alimentación, humana o animal, así como productos cosméticos. En el caso de la esterilización supone la destrucción de todos los gérmenes patógenos, mientras que en el caso de la higienización es una reducción de la carga de gérmenes hasta un nivel al que no resulten perjudiciales.

Se pueden diferenciar los siguientes procesos de esterilización industrial, independientemente del grado pretendido (esterilización o higienización):

- Esterilización industrial por radiaciones ionizantes. Dichas radiaciones producen iones y radicales libres que provocan la rotura de las cadenas del ADN de los microorganismos contaminantes. La radiación puede originarse mediante la utilización de un acelerador de electrones (ionización beta) o de una fuente radiactiva, generalmente cobalto (ionización gamma). Se trata de un proceso continuo que permite tratar el producto en su envase final (folios 346-348, 853 y 1056).
- Esterilización industrial de mercancías mediante óxido de etileno (ETO). La principal aplicación del ETO es la esterilización de productos médicos, debido a que el ETO es un gas al que se le atribuyen efectos mutagénicos, teratogénicos y cancerígenos, por lo que está excluido para todo tipo de alimentos en los países de CEE (Orden de 1 de febrero de 1991 por la que se modifica el anexo de la de 7 de septiembre de 1989, sobre prohibición de la comercialización y utilización de ciertos productos fitosanitarios en aplicación de las Directivas 90/335/CEE y 90/533/CEE). Asimismo, la utilización de ETO como agente esterilizador provoca en ocasiones, según el denunciante, alergias en pacientes tratados con productos esterilizados con esta tecnología lo que ha motivado que en la actualidad exista un consenso en cuanto a la inconveniencia de esterilizar con ETO cualquier material médico destinado a estar en contacto con la sangre (como las líneas de sangre o materiales destinados a la diálisis).

Se trata de un proceso por lotes donde se llena una cámara con los productos a tratar para exponerlos al gas durante un tiempo determinado.

El "packaging" adquiere gran relevancia en este método de esterilización, debiendo ser poroso para permitir la entrada y salida del gas, de manera que se produzca la esterilización del producto y se minimicen los restos de ETO en el producto (folios 351-352, 853 y 1055-1057).

- Esterilización industrial de mercancías mediante calor con vapor. Se utiliza normalmente en hospitales o fábricas de productos médicos y, en particular, en relación con el material quirúrgico reutilizable. La esterilización de estos productos se lleva a cabo en autoclaves creados a medida, habitualmente anexos a los hospitales o las fábricas.

El envoltorio y embalaje necesario para que el producto sea susceptible de esterilización mediante calor con vapor deben tener ciertas propiedades, entre ellas la resistencia al calor y a la humedad. Además, el "packaging" debe ser poroso para permitir la entrada y salida del vapor de agua y la esterilización del producto y también el propio producto debe permitir la utilización del calor con vapor como método de esterilización (folio 350 y 351).

Tanto MEVION como IONMED afirman que los fabricantes de productos sanitarios y farmacéuticos, así como los fabricantes de envases para alimentos o la industria alimentaria, pueden optar por realizar el proceso de esterilización de sus productos en sus instalaciones (esterilización cautiva) mediante alguna de las técnicas descritas o subcontratarlo a empresas de servicios externos (folios 350, 853, 854 y 1055). El que opten por externalizar o no el proceso de esterilización depende,

según IONMED, de múltiples factores, como pueden ser el volumen de producto a esterilizar o la disponibilidad de empresas de servicios en su ámbito geográfico. Aunque en muchos casos, al ser la esterilización un paso crítico en el proceso de fabricación, la mayoría de las empresas que necesitan esterilizar sus productos optan por realizar este proceso en sus instalaciones y con sus propios equipos de esterilización. IONMED estima que entre un 60 y un 70% de los productos que necesitan esterilización se esterilizan cautivamente por instalaciones propias de los fabricantes de tales productos (folio 513 confidencial). Por ejemplo, empresas como [CONFIDENCIAL] realizan la esterilización de sus productos cautivamente (folio 853 y 854).

IONMED aporta como prueba de la sustituibilidad entre tecnologías de esterilización una tabla que muestra a clientes suyos que han cambiado de tecnología de esterilización. Cinco clientes pasaron de tecnología por radiación gamma a radiación beta, cuatro de tecnología ETO a radiación beta, dos dejaron de ser clientes de IONMED porque pasaron a una esterilización cautiva (uno por ETO y otro por vapor) y otros dos dejaron de ser clientes de IONMED (uno porque pasó a la tecnología ETO y en el otro caso IONMED desconoce a la empresa de tecnología ETO o gamma a la que se cambió (folios 1114-1116).

En cuanto a MEVION, refleja en la siguiente tabla la sustituibilidad desde la perspectiva de la demanda entre las tecnologías de esterilización para los distintos tipos de mercancías:

Tabla 1. Sustituibilidad entre distintas técnicas de esterilización

Producto	Ionización beta	Ionización gama	ETO	Calor de vapor
Médico-farmacéuticos	Sí	Sí	Sí (con excepciones)	Sí (con excepciones)
Cosméticos	Sí	Sí	Parcialmente	Parcialmente
Alimentarios	Sí	Sí	No	No
Veterinarios	Sí	Sí	Parcialmente	Parcialmente

Fuente: Información aportada por MEVION (folio 355).

En la categoría de productos médico-farmacéuticos es en la que existe, según MEVION, una mayor intercambiabilidad entre tecnologías, salvo excepciones como cremas o pomadas que no pueden exponerse al vapor porque perderían parte de sus propiedades y quedarían funcionalmente inutilizables y, en el caso de ETO, productos que están en contacto directo y prolongado con fluidos o tejidos del paciente (como las líneas de sangre, suturas, implantes, materiales destinados a la diálisis,...).

En relación con los productos de cosmética, la utilización del calor con vapor está excluida, según MEVION, en un gran número de casos, como las cremas y los polvos, ya que la humedad provocada por esta tecnología dejaría al producto sin sus propiedades y por ende sin utilidad. Por otro lado, la esterilización mediante ETO

está excluida asimismo en un gran número de productos cosméticos por su alta toxicidad, debido a la absorción de dichos productos por la piel.

En cuanto a los productos alimentarios, se englobaría por un lado a los alimentos (la tecnología de calor con vapor no resulta aplicable según MEVION, con carácter general, a los alimentos, pues el calor y la humedad alteran sus propiedades organolépticas, y la esterilización por ETO está prohibida tanto por la normativa fitosanitaria como por la alimentaria) y, por otro, a los materiales destinados a estar en contacto con alimentos humanos como el corcho o los envases.

La esterilización de alimentos en España se limita principalmente a esterilización de especias y condimentos vegetales (como azafrán y pimentón). Esto es debido a razones legislativas, REAL DECRETO 348/2001, de 4 de abril, por el que se regula la elaboración, comercialización e importación de productos alimenticios e ingredientes alimentarios tratados con radiaciones ionizantes, (folios 362 y 853).

No obstante, respecto a la prohibición del uso de ETO en alimentos y en los materiales destinados a estar en contacto con alimentos humanos, IONMED señala que, si bien su uso está prohibido en los países de la CEE en alimentos y envases de alimentos, en otros países importadores de productos españoles no existen dichas restricciones. Como en Estados Unidos, donde la tecnología ETO es uno de los métodos aprobados por la Food and Drug Administration para la reducción de la contaminación bacteriana (folios 1137 y 1138).

Por lo que respecta a los productos veterinarios, categoría en la que se encuadran tanto los productos sanitarios destinados a animales como la alimentación para animales, las limitaciones a la utilización de las tecnologías de calor con vapor y ETO son según MEVION paralelas a las descritas en relación con los productos médico-farmacéuticos y alimentarios (folios 355, 356, 363, 404 y 405).

2. Transformación de polímeros

Tanto IONMED como MEVION sostienen que la alteración estructural de los polímeros que forman la base molecular de numerosos materiales, incluyendo plásticos y tejidos, puede conseguirse mediante la ionización de dichos materiales, o bien mediante complejos procesos químicos.

Asimismo, ambas afirman que las radiaciones ionizantes se utilizan en la industria del plástico principalmente para el reticulado de polímeros, en particular, el polietileno y la poliamida. Con este tratamiento se persigue aumentar tanto la temperatura de trabajo de los materiales, como su resistencia a los agentes químicos.

Por otro lado, explican que los procesos químicos para la reticulación de polímeros, debido a la alta reactividad de los compuestos utilizados, a diferencia de la reticulación por irradiación, solo son aplicables si se integran en la cadena de producción de los productos plásticos.

Los productos susceptibles de ser reticulados son principalmente: cables eléctricos (el aislante plástico), tuberías de polietileno para suelo radiante, láminas de polietileno expandido, piezas de plástico para automóviles, fibras textiles, etc. (folios 356, 856 y 1065).

C) ÁMBITO GEOGRÁFICO

1. Sector de la esterilización

Según IONMED, el ámbito geográfico de referencia de la esterilización e higienización de productos industriales comprende España, Portugal y el sur de Francia, debido a los factores logísticos, costes de transporte y plazos de entrega que suelen requerir los clientes.

IONMED afirma que la demanda nacional de los servicios mencionados está satisfecha por empresas que están ubicadas en la Península Ibérica y en el sur de Francia. Por experiencia y conocimiento del mercado, IONMED considera que el radio de acción de cada planta de esterilización en el que se puedan conseguir clientes es de más o menos 600 km (folios 852 y 853).

En el ámbito geográfico que propone IONMED para las actividades de esterilización de productos sanitarios, así como de envases para alimentos y alimentos, identifica a los siguientes cinco competidores (folios 854 y 855):

- Esterilización, S.L.: servicio de esterilización mediante ETO, ubicada en Montmeló (Barcelona).
- Esterilización y Venta, SL: servicio de esterilización mediante ETO, ubicada en Yuncos (Toledo).
- Aragogamma, S.A.: servicio de esterilización por ionización gamma, ubicada en Les Franqueses del Valles (Barcelona).
- Isotron France, S.A: servicio de esterilización mediante ionización gamma. Planta autorizada por el Ministerio de Sanidad Español para el tratamiento de productos sanitarios, ubicada en Marsella (Francia).
- Servicio Integral de esterilización, S.L. servicio de esterilización mediante ETO, ubicada en Olías del Rey (Toledo).

Al anterior grupo de competidores, IONMED añade las empresas fabricantes de productos sanitarios que tienen sus propios medios de esterilización y que ofrecen su excedente de capacidad a terceros, siendo los principales:

- SENDAL, planta de producción de productos sanitarios con 2 cámaras de ETO, ubicada en Almaraz (Cáceres).
- Bastos Viegas, S.A., planta de producción de productos sanitarios con cámara de ETO, que se encuentra en Guilhufe, Peñafiel (Portugal).
- INTRAVEN, planta de producción de productos sanitarios con 1 cámara de ETO, que se encuentra en Ajalvir (Madrid).

Por otro lado, en el informe aportado por el denunciante, MEVION, sobre la irradiación de productos industriales en España se indica que las plantas de radiación ionizante tienen un radio de influencia medio de unos 500 Km, por lo que las plantas que emplean la tecnología de radiación ionizante situadas en el sur de Francia solo serían una alternativa para clientes situados en Cataluña (folio 1061 y 1062). Asimismo, en relación a otras empresas que operan prestando servicios de

esterilización industrial en España, MEVION menciona, además de las ya señaladas por IONMED, (Aragogamma, S.A. y Esterilización y Venta, S.L.), a Suphatec, S.L., ubicada en Montmeló (Barcelona) (folios 359 y 360).

Por su parte IONMED afirma que según sus estimaciones entre el 60-65% de la demanda de esterilización industrial en España se encuentra concentrada en la Comunidad Autónoma de Cataluña (folio 1138).

2. Sector de la transformación de polímeros

IONMED afirma que existen clientes en España que envían sus productos (por ejemplo: cables, tuberías y planchas de polietileno) a empresas que están ubicadas en otros países europeos, como Alemania y Suiza. Por lo tanto, considera que la transformación de polímeros tendría dimensión europea (folio 857).

Por su parte, en el informe aportado por MEVION se indica que el ámbito geográfico de la transformación de polímeros sería nacional (folio 359). No obstante, destaca en su informe que las instalaciones actuales de irradiación en España (IONMED y Aragogamma, S.A.) están diseñadas y construidas de tal forma que pueden ofertar los servicios de transformación de polímeros de forma muy limitada (folio 1060).

D) HECHOS ACREDITADOS

1. El actual proyecto de MEVION se remonta a los primeros meses de 2010, cuando las aportaciones de los socios y las ayudas públicas obtenidas por la sociedad en el marco de un programa estatal de reindustrialización de la provincia de Soria permitieron a MEVION lanzar su proyecto. No obstante, el proyecto inicial requería financiación adicional que debía obtenerse necesariamente en los primeros meses de 2011 por la vigencia temporal limitada del programa de ayudas públicas del que MEVION es beneficiaria, que exigía la ejecución del proyecto de construcción de la instalación de ionización subvencionada en el plazo de un año desde la concesión de las ayudas.

El proyecto de MEVION logró atraer a una serie de inversores, privados e institucionales, que participaron en una ampliación de capital acordada el 7 de abril de 2011, siendo los dos inversores principales: el fondo de capital riesgo regional, Fondo Tecnológico Seguridad, F.C.R. (en adelante SEGURANZA), gestionado por CLAVE MAYOR, S.A. (en adelante, "CLAVE MAYOR"), y la sociedad de inversión regional SORIA FUTURO, S.A. (en adelante, "SORIA FUTURO") (folios 272- 310, 318, 321 y 322).

2. El 13 de abril de 2011 IONMED envió al Ministerio de Economía y Hacienda una solicitud de "*revisión del otorgamiento de las subvenciones otorgada a la sociedad MEVION, S.L.*" (folios 67-70 y 324).

El 31 de mayo de 2011, IONMED envió cartas adjuntado la solicitud remitida al Ministerio de Economía y Hacienda a los dos principales inversores participantes en la ampliación de capital, SEGURANZA y SORIA FUTURO, así como a varias entidades relacionadas con los mismos (folios 71-77 y 325).

Tanto las comunicaciones a la Administración concedente de las ayudas públicas, como a los dos principales inversores participantes en la ampliación de capital, contienen dos tipos de manifestaciones: por un lado, IONMED presenta las malas perspectivas de crecimiento del mercado y, por otro lado, pone en duda la integridad y cualificación del equipo gestor del proyecto de MEVION (folios 67-77 y 326).

Las mencionadas comunicaciones de IONMED, según MEVION, provocaron en los inversores una situación de incertidumbre y una percepción de amenaza. No obstante, el proyecto pudo continuar gracias, según declaraciones de MEVION, a la actuación del equipo gestor y a que en la fecha en que los inversores recibieron la comunicación de IONMED, se había producido ya el desembolso de las aportaciones de los distintos inversores en el marco del aumento de capital (folio 386).

Por su parte, el Ministerio de Economía y Hacienda respondió en mayo de 2011 al escrito de IONMED comunicándole que, en relación a la subvención de incentivos regionales a la empresa MEVION, S.L., como IONMED conocía, por haber sido titular de dichas ayudas, este tipo de subvención se concede a proyectos de inversión y queda supeditada y sólo se abona cuando se acredita el cumplimiento de todas y cada una de las condiciones fijadas en la concesión, lo que supone que en unos casos los proyectos se ejecutan de acuerdo con lo establecido y perciben la subvención y, en otros casos, los mismos no se ejecutan o bien no se cumplen las condiciones impuestas y no se llega a materializar el derecho a percibir la subvención. (Folio 70).

3. En 2011, IONMED ha prestado sus servicios a [...] clientes. Ha firmado contratos con cláusulas de exclusividad (de 2, 3 y 5 años, incluyendo todos ellos una renovación tácita anual que se aplica también a la cláusula de exclusividad) con un total de 17 clientes (uno del 2010, doce de 2011, cuatro de 2012), cuya facturación corresponde aproximadamente, según la información aportada por IONMED, al 40% de su facturación total.

La cláusula de duración de los acuerdos en algunos de los contratos con exclusividad se lee: *"La duración del presente Acuerdo será de 2 años naturales. Esto no obstante, se considerará automáticamente prorrogado, por periodos sucesivos de un año, salvo que cualquiera de las partes notifique a la otra por escrito mediante telegrama o fax su voluntad de finalización de contrato con una antelación mínima de dos meses"*. En otros contratos con exclusiva la cláusula de duración se lee: *"La duración del presente Acuerdo será de [3 o 5] años naturales, prorrogables con posterioridad por periodos anuales por acuerdo de ambas partes. A tal efecto, se entenderá prorrogado si ninguna de las partes notifica a la otra su intención de rescindirle con al menos 6 meses de antelación a la fecha de su vencimiento"*.

Y los restantes contratos con exclusiva están redactados en inglés y en ellos la cláusula de duración se lee: *"This agreement shall become effective upon execution, and shall be in force for a period of 3 years and extended for annual periods unless denounced in writing by either party. To this effect, the agreement to extend without either part notifying the other of their intention to*

do so with less than 6 months prior the contract expiry date" (folios 518, 518 confidencial, 619-850 confidenciales, 858, 916 confidencial y 934-952 confidenciales).

4. Por otro lado, cabe destacar que dos de los clientes vinculados a IONMED con cláusula de exclusividad contemplan además la posibilidad para los clientes de salir del contrato cuando quieran y sin penalización. IONMED sostiene que si no se tuvieran en cuenta estos dos contratos, la cuota de contratos con exclusividad se reduciría a un 35% de su facturación (folios 519 confidencial y 620 a 648 confidenciales).
5. IONMED afirma que el mercado de tratamiento de polímeros representa menos del 1% de su facturación. Asimismo, ninguno de los clientes que IONMED tiene en el mercado de la transformación de polímeros están vinculados a IONMED con exclusividad (folios 519 y 1140).

E) EJECUCION DE LOS COMPROMISOS

De acuerdo con la información aportada por IONMED los días 15 y 27 de junio de 2012, este ha modificado los contratos que incluían cláusula de exclusividad, suprimiendo la renovación tácita y dejando una duración del contrato de, como máximo, cinco años, manteniendo como fecha inicial del contrato la fecha en que había sido firmado originalmente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y Base Jurídica. El Consejo en este expediente debe decidir, sobre la base de la propuesta elevada por la Dirección de Investigación, si se cumplen los requisitos previstos en los artículos 52.1 de la LDC y 39 del RDC, para proceder a la Terminación Convencional del expediente sancionador incoado.

El artículo 52.1 de la LDC dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación, *“podrá resolver la Terminación Convencional del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas restrictivas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público”*.

El procedimiento o régimen de Terminación Convencional en la normativa española está previsto como una forma especial de finalización del procedimiento sancionador, sin pronunciamiento alguno por parte de las autoridades de competencia sobre la existencia o no de infracción en las conductas objeto de la incoación, distinto por tanto de la finalización habitual de los expedientes sancionadores, que según el artículo 53 de la LDC deben terminar o bien declarando la existencia de conductas prohibidas, o bien la existencia de conductas que por su escasa importancia no son capaces de afectar a la competencia, o bien que no ha resultado acreditada la existencia de prácticas prohibidas. Pues bien, como se

deduce de la redacción del citado artículo 52.1 de la LDC, que habla de los presuntos infractores, para utilizar la Terminación Convencional en la normativa española no tiene como presupuesto una previa declaración de infracción por parte de la autoridad de competencia, todavía más, ni tan siquiera es preciso que el órgano de instrucción haya formulado Pliego de Concreción de Hechos del art. 33.1 del RDC, como ocurre en este caso, ya que es un instrumento previsto para que de forma temprana, y ante la incoación por parte de las autoridades de competencia de un expediente sancionador, por considerar que existen indicios de infracción, el incoado, (denominado en la LDC presunto infractor), pueda poner fin al expediente de forma rápida, siempre que proponga compromisos que a juicio de dicha autoridad resuelvan los posibles efectos que las conductas, indiciariamente infractoras, pudieran tener sobre la competencia.

Este expediente había sido incoado en base al artículo 1 de la LDC y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por considerar el órgano instructor que existían indicios de infracción de los mismos en los contratos en exclusiva firmados por IONMED para servicios de ionización a una parte importante de sus clientes, por periodos no inferiores a 5 años. La razón de considerar una posible afectación de los intercambios comunitarios e incoar en base a dicho artículo se fundaba de forma preliminar en las características del posible mercado afectado descrito en la información disponible, incluida la aportada por el denunciante, según la cual las plantas de radiación ionizante tienen un radio de influencia medio de unos 500/600 Km, de forma que las conductas tendrían incidencia, al menos, en países limítrofes como Francia y Portugal y al mismo tiempo las plantas situadas en dichos países, próximas a la frontera, podrían dar respuesta a la demanda de clientes españoles (ver punto C Ámbito geográfico, de los Hechos Probados).

En la medida en que, de acuerdo con el procedimiento de Terminación Convencional de la LDC, se ha llegado a un acuerdo temprano de solución de los posibles efectos sobre la competencia derivados de la conducta, garantizando el interés público, sin necesidad de continuar la instrucción del expediente, no se ha llegado a imputar infracción por artículo 1 de la LDC ni 101 del TFUE.

SEGUNDO.- Alegaciones del denunciante a la propuesta de compromisos presentada por IONMED. De acuerdo con lo previsto en el artículo 39.4 del RDC, y tal como se recoge en los AH nº 5, con fecha 18 de mayo de 2012, la DI remitió al denunciante los compromisos propuestos por IONMED.

Recibidos los compromisos, MEVION, con fecha 18 de junio de 2012, remite escrito alegando que debe ser desestimada la solicitud de Terminación Convencional formulada por IONMED, por no cumplir con el requisito legal contenido en el artículo 52.1 LDC de ofrecer compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de los pactos de exclusiva objeto del expediente, en la medida en que se ha partido de una premisa falsa, de que IONMED tiene una cuota de mercado inferior al 30%.

Las alegaciones de MEVION (folios 1032 a 1066) a la propuesta de compromisos de IONMED son recogidas por la DI en su Informe y Propuesta al Consejo en los siguientes términos:

a) *“Alegaciones sobre la definición de mercados relevantes*

MEVION cree que las consideraciones que IONMED realiza respecto de la definición de los mercados relevantes son erróneas puesto que esta última sostiene la existencia de mercados más amplios tanto desde un punto de vista de producto como geográfico.

MEVION aporta un informe sobre la irradiación de productos industriales en España elaborado, según sus declaraciones, por un experto independiente de reconocida solvencia y prestigio en el sector, que afirma, ratificaría su definición de los mercados. En concreto, dicho informe considera que, en la prestación de servicios de esterilización e higienización a terceros, las tecnologías ETO y de radiación ionizante (beta y gamma) deben considerarse pertenecientes a mercados de producto distintos por no darse condiciones de sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda para considerarlas integradas en un mismo mercado. Por tanto, considera que los servicios de esterilización e higienización de productos industriales mediante tecnologías de radiación ionizante (gamma y beta) deben considerarse un único mercado de producto relevante.

MEVION pone de manifiesto que IONMED no aporta apenas prueba fáctica sobre la sustituibilidad entre los servicios de esterilización mediante ionización y los mismos servicios prestados con otras tecnologías, y la poca que aporta ha sido declarada confidencial. No obstante, MEVION supone que los ejemplos aportados por IONMED deben estar relacionados con migraciones desde la tecnología ETO a la tecnología de ionización, siendo este tipo de migración unidireccional insuficiente para sostener la existencia de sustituibilidad a los efectos del análisis de mercados antitrust.

Destacan, asimismo, como pruebas de que IONMED no percibe el resto de tecnologías de esterilización como tecnologías competidoras, que en la copia de uno de los dos únicos contratos accesibles a la denunciante de los suscritos por IONMED con sus clientes se puede observar cómo la exclusiva se limita a la tecnología de radiación, y que todas las fechas de firma de los contratos de exclusiva, salvo un caso, son posteriores al momento en el que el proyecto de entrada al mercado de MEVION se da a conocer (junio 2011).

Respecto del mercado geográfico de referencia para la esterilización e higienización de productos industriales, el informe aportado restringe el mercado geográfico a un área de 500 km alrededor de cada planta de radiación ionizante, lo que en el caso de España supondría que el mercado geográfico relevante que se extiende a la mayoría del territorio nacional, salvo aquellos demandantes de servicios de ionización situados en el área de Cataluña, que podrían tener como alternativa económicamente viable el recurso a las plantas de ionización del sur de Francia.

MEVION señala que IONMED reconoce, al haber limitado el radio de acción de las plantas a 600 km, que la gran mayoría del territorio español es “un hinterland cautivo de su propia planta de Tarancón”.

Destaca, asimismo, que la denunciada apenas ha aportado prueba fáctica de la sustituibilidad entre las plantas de ionización españolas y las extranjeras situadas en el sur de Francia (Marsella) y pese a que pone de manifiesto que Isotron France vende sus servicios a clientes ubicados en España y Portugal y proporciona referencias de tales clientes, tales referencias han sido declaradas confidenciales. No obstante, supone que los ejemplos aportados por IONMED de clientes con instalaciones productivas en España o Portugal que utilizan los servicios de las plantas del sur de Francia están relacionados con situaciones excepcionales a las que se hace referencia en el informe aportado.

Asimismo, pone de manifiesto que también se ha declarado confidencial la información que IONMED parece aportar sobre la ubicación de sus clientes.

En relación a la definición del mercado geográfico relevante para el tratamiento de polímeros, MEVION destaca que IONMED manifiesta, sin apoyo alguno en hechos concretos, que existen clientes en España que envían sus productos (por ej. cables, tuberías y planchas de polietileno) a empresas que están ubicadas en otros países europeos, como Alemania y Suiza, sosteniendo por ello la existencia de un mercado de ámbito europeo de servicios de tratamiento de polímeros. Sin embargo, en opinión de MEVION, estos desplazamientos geográficos obedecen a la ausencia de una planta capaz de prestar los servicios en el territorio nacional. Asimismo, destaca que este tipo de productos podrán ser tratados en la planta de MEVION ya que sí acepta productos de mayor tamaño y de geometría compleja.

b) Alegaciones a la posición de IONMED en el mercado

MEVION afirma que por coherencia con lo expuesto en relación a los mercados relevantes, no puede admitir que se incluya en la oferta del mercado relevante de servicios de esterilización la facturación de empresas distintas de IONMED y Aragogamma S.A., y en un mercado compuesto por estas dos empresas, su estimación es que IONMED representa más de un 80% de las ventas de servicios de esterilización mediante ionización, lo que necesariamente debe llevar a considerar improcedente la terminación convencional iniciada, que se sustenta lógicamente sobre la premisa de que IONMED no supera el 30% de cuota de mercado.

MEVION considera que ante un mercado sin fuentes independientes y fiables de información relativa al valor del mercado y a la participación que en el mismo tienen los distintos operadores, y ante datos discrepantes relativos a estos extremos proporcionados por los dos operadores interesados en el procedimiento, resulta razonable y hasta exigible de la DI recabar información fiable directamente de las empresas en cuestión.

MEVION tampoco está de acuerdo con la tesis de la denunciada respecto de que su facturación por la venta de servicios de tratamiento de polímeros es muy reducida y ello impida que se le pueda reconocer una posición de dominio. Pues, a su parecer, esto último dependerá estrictamente de la definición del mercado que se considere apropiada y, si se admite su tesis al respecto, deberá reconocerse tal posición de dominio independientemente de la reducida magnitud de la facturación actual de IONMED en este mercado.

Por tanto, considera en relación con el mercado de tratamiento de polímeros que la denunciada detentaría una cuota de mercado del 100%, dada la ausencia de Aragogamma en el mismo, lo que impediría aceptar como suficientes los compromisos propuestos por IONMED y con ello la procedencia de la terminación convencional.

c) Alegaciones sobre la suficiencia de los compromisos

MEVION afirma que los compromisos de IONMED no son suficientes porque están asentados sobre la errónea premisa de que tiene una participación en el mercado relevante inferior al 30%. Lo cual, aclara, no coincide con la tesis de definición del mercado de MEVION (más del 80%) que con matices ratifica el informe adjunto al escrito de alegaciones a la terminación convencional.

MEVION considera que si la DI no alcanza un grado de convicción suficiente acerca de su definición del mercado, debe cuando menos reconocer que MEVION ha presentado prueba suficiente hasta el momento como para que la cuestión deba considerarse controvertida. Y, en este caso, dado el carácter clave de una adecuada definición de los mercados relevantes para determinar la suficiencia de los compromisos presentados por IONMED a los efectos del artículo 52.1 LDC, la DI debe oponerse a la terminación convencional y continuar la instrucción del expediente sancionador, al no poder tener la seguridad de que los compromisos propuestos resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las prácticas objeto del expediente. En concreto solicita, al amparo del artículo 80 LPA, la práctica de distintas pruebas con carácter previo a la adopción de una propuesta de resolución de la D.I. favorable a la solicitud de terminación convencional formulada por IONMED.

MEVION afirma que los compromisos ofrecidos por IONMED, consistentes en limitar a cinco años las cláusulas de exclusiva contenidas en los contratos con clientes, no cumplirían los criterios expresados en la Comunicación de la Comisión Europea - Directrices relativas a las restricciones verticales (2010/C 130/01) (párrafo 133).

Por tanto, según MEVION únicamente cabría admitir la terminación convencional del expediente solicitada por IONMED si ésta modificara sus compromisos y se comprometiera a eliminar cualquier cláusula de exclusiva o fidelización de sus clientes.

d) Confidencialidad

MEVION solicita que se acuerde levantar la confidencialidad de la siguiente información aportada por IONMED y se le permita el acceso a la misma con carácter previo a la adopción una propuesta de resolución de la DI favorable a la solicitud de terminación convencional formulada por IONMED, por tratarse de información decisiva para determinar la adecuada definición del mercado relevante y la cuota de mercado de IONMED:

– ejemplos de clientes que han cambiado de proveedor de servicios de esterilización (folio 854).

- *Versiones censuradas de los contratos con clientes aportados al expediente por IONMED que permitan conocer, en particular, el concreto texto correspondiente a cualquier cláusula de exclusiva o fidelización contenida en los mismos.*
- *Clientes de Isotron France (folio 855).*
- *Información proporcionada por IONMED relativa a la ubicación de sus clientes referida en el folio 858.*
- *Valor del mercado de esterilización industrial y cuotas de mercado de las empresas que operan en el mismo (folio 857).*

Además de las alegaciones en relación con la Terminación Convencional de los contratos en exclusiva, la denunciante insiste en los otros aspectos de su denuncia y solicita: a) que se amplíe el objeto del expediente en relación con las prácticas obstaculizadoras de la competencia objeto de la denuncia original por infracción del artículo 2, o bien se incoe un segundo expediente contra IONMED; y b) que se incoe un nuevo expediente en relación con la ejecución de la concentración, contra la sociedad francesa IONISOS, S.A.S., por la infracción de los deberes de notificación y suspensión previstos en el artículo 9 LDC, que prohíbe la ejecución de una concentración antes de que haya recaído la pertinente autorización administrativa.

TERCERO.- Propuesta de la DI al Consejo. La DI propone al Consejo que de acuerdo con lo previsto en los artículos 52 de la LDC y 39.5 del RDC se proceda a la Terminación Convencional del expediente sancionador, por considerar que los compromisos presentados por IONMED resuelven los posibles problemas de competencia derivados de la prestación en exclusiva de servicios por periodos no inferiores a 5 años.

Consideraciones de la DI sobre las conductas denunciadas

En el Informe y Propuesta de Terminación Convencional que la DI eleva al Consejo, realiza consideraciones preliminares sobre la compatibilidad con los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, de las prácticas denunciadas por MEVION (AH nº 1), que a su juicio habrían dificultado su entrada en los mercados de esterilización e higienización y de tratamiento de polímeros, así como sobre la denuncia de infracción por haber ejecutado una concentración antes de haber obtenido la autorización administrativa.

En relación con comunicaciones a la Administración concedente de las ayudas públicas y a los inversores, la DI *“estima que no existen indicios de infracción de la LDC, puesto que no tuvieron efecto restrictivo sobre la competencia en tanto que MEVION ha podido continuar con su plan de instalación y acceso al mercado. La propia MEVION reconoce (folio 386) que en la fecha en que los inversores recibieron la comunicación de IONMED, se había producido ya el desembolso de las aportaciones de los distintos inversores en el marco del aumento de capital y el proyecto pudo continuar”*.

Y añade la DI: *“Caso de que MEVION estime lesionados sus intereses privados como resultado de las comunicaciones, podría acudir a los tribunales ordinarios, encargados de la tutela de las relaciones privadas entre partes, que no afectan a la*

competencia en el mercado, tutela que, por tanto, se encuadra en un orden jurisdiccional distinto de la defensa de la libre competencia, que corresponde a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)”

Respecto a la posible infracción por ejecución, sin autorización previa, de la concentración consistente en la adquisición por IONISOS, S.A.S., de IONMED por incumplimiento de los deberes de notificación y suspensión, dice la DI que *“este tipo de infracción está tipificada, según el artículo 62 de la LDC, como una infracción grave, y el artículo 68 de la LDC establece que las infracciones graves prescriben a los dos años. Por tanto, teniendo en cuenta que la adquisición de IONMED por el grupo IONISOS se produjo en el año 2007 (folio 79), incluso en el caso de que se hubiese producido la mencionada infracción, está ya habría prescrito cuando MEVION la denunció en octubre de 2011”*.

Por el contrario la DI considera que la prestación por parte de IONMED de servicios en régimen de exclusiva de duración superior a cinco años o indefinida, en la medida en que todos ellos tienen renovación tácita anual, podría dificultar el acceso de posibles competidores, en particular, de MEVION, a los mercados, razón por la que incoó el expediente sancionador.

No obstante considera la DI que los posibles problemas de competencia a los que pudieran dar lugar dichas conductas son susceptibles de ser resueltos de forma rápida, por el procedimiento de Terminación Convencional, mediante unos compromisos que resuelvan los problemas de competencia o eliminen las restricciones de competencia injustificadas, salvaguardando el bienestar de los consumidores y el interés público, con la máxima eficacia administrativa.

Valoración de la DI de los compromisos presentados por IONMED

La Dirección de Investigación considera que los compromisos presentados por IONMED resuelven los potenciales problemas de competencia detectados en la conducta de IONMED y que dieron lugar a la incoación de expediente sancionador por infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, en la medida en que suponen la modificación de los contratos que podrían estar restringiendo el acceso de competidores al mercado, así como la abstención de firmar contratos futuros de contenido similar. Dice la DI:

“IONMED había firmado contratos con cláusulas de exclusividad con un total de 17 clientes del sector de la esterilización e higienización, con una duración de dos, tres o cinco años y todos ellos con renovación tácita anual.

Con el compromiso ya cumplido de limitar las cláusulas de exclusividad a una duración máxima de 5 años de forma inmediata con los 17 clientes con los que IONMED mantiene condiciones de exclusividad, comprometiéndose a que en ningún caso los nuevos contratos tengan exclusivas con una duración superior a 5 años, se eliminarían inmediatamente las posibles restricciones que estaba imponiendo IONMED a la entrada de MEVION en el sector, más aún, teniendo en cuenta que:

- *Los contratos modificados en el marco de la terminación convencional suponen un porcentaje elevado de la facturación de IONMED [(... - ...%).]*

- Los 17 clientes con los que IONMED tenía cláusulas de exclusividad de largo plazo y que podrían estar interesados en contratar en un futuro próximo los servicios de MEVION, han tenido, como consecuencia del inicio de la terminación convencional, la oportunidad de renegociar sus contratos con IONMED y, en particular, las condiciones de exclusividad. De hecho, uno de ellos ha acordado la terminación anticipada del mismo y dos de ellos, han reducido la cláusula de exclusividad de 5 a 3 años.
- Asimismo, tras la modificación de la cláusula de exclusividad con todos los clientes se establece que la duración del contrato de servicios, independientemente de la modificación, tiene su inicio en el día de la firma inicial del citado contrato. De manera que los contratos de dos años (firmados en julio de 2011) vencerían en julio de 2013, y el que se firmó en enero de 2010 por 3 años, en enero de 2013, por lo que dichos clientes podrían, en caso de que les interesen más las condiciones que ofrece MEVION, cambiar de proveedor en un futuro próximo.
- MEVION, aunque dispone de las autorizaciones administrativas y el capital necesario para empezar a operar, aún no lo ha hecho porque está terminando la construcción de su planta.
- Existen potenciales clientes para MEVION que emplean otros métodos de esterilización (ionización gamma, ETO y calor de vapor) ya sea de forma cautiva o por prestación de servicios de terceros.

En resumen, clientes que representan actualmente el [... - ...%] de la facturación de IONMED han tenido, como consecuencia del inicio de la terminación convencional, la oportunidad de rescindir su contrato con esa entidad, sabiendo que MEVION está a punto de empezar a operar, e incluso no habiéndolo hecho, en un plazo máximo de un año finalizará la vigencia de parte de estos contratos con IONMED ahora modificados, por lo que de nuevo tendrán la oportunidad de cambiar de proveedor, bien sea a MEVION o a cualquier otro (incluso ellos mismos podrían autoprestarse el servicio).

Por último, de cara a la suscripción de cualquier nuevo contrato en el que se pretenda incluir una cláusula de exclusividad, teniendo en cuenta que las tecnologías cambian y los mercados evolucionan, IONMED deberá autoevaluarse para comprobar que tanto la duración de la exclusiva como la propia exclusiva con independencia de su duración, no generan restricciones a la competencia dada su posición en cada momento en los mercados correspondientes.”

Respuesta de la DI a las alegaciones de MEVION

Y en respuesta a las alegaciones de MEVION que se recogen en el Fundamento anterior sobre no cumplimiento de los requisitos del artículo 52 de la LDC para proceder a la terminación convencional, la DI dice lo siguiente:

“Sobre las alegaciones a la definición de mercados relevantes, como consideración previa cabe indicar que, tal y como se ha argumentado en el apartado “valoración”, esta Dirección de Investigación considera que la conducta de IONMED que podría ser restrictiva de la competencia es la contratación con algunos de sus clientes de la prestación en exclusiva de servicios de ionización por periodos no inferiores a 5

años, lo que constituye un indicio de infracción del artículo 1 LDC que, además, entiende esta Dirección de Investigación que se puede resolver de forma rápida y sencilla mediante la presentación de compromisos en un procedimiento de terminación convencional. En consecuencia, no resulta necesaria la definición estricta de los mercados relevantes en el sector de la esterilización e higienización y no se entrará a valorar las definiciones del mercado del tratamiento de polímeros, puesto que los clientes que IONMED tiene en dicho mercado no están vinculados a esa entidad con exclusividad.

En todo caso, hay que destacar que a falta de fuentes públicas y privadas, las definiciones del mercado de la esterilización e higienización de MEVION e IONMED presentan muchas similitudes: ambas reconocen una amplia sustituibilidad en el mercado de los productos médico sanitarios y veterinarios y también por tecnologías: ambas aceptan la sustituibilidad de la esterilización por irradiación beta y gamma y en el caso de ETO, la propia MEVION, tanto en su denuncia como en el informe del experto, reconocen que la tecnología ETO está siendo paulatinamente sustituida por la radiación ionizante mientras que IONMED, por su parte, ha aportado casos concretos de sustituibilidad entre estas dos tecnologías.

Asimismo, el informe del experto aportado por MEVION para la definición del mercado de esterilización e higienización de productos industriales excluye los procesos que se hacen de manera cautiva por los clientes que precisan de servicios de esterilización e higienización para sus productos. Sin embargo, IONMED ha presentado casos concretos en los que se da sustituibilidad entre la esterilización cautiva y los servicios prestados por terceros.

Por tanto, el mercado de la esterilización e higienización de productos industriales, aunque con alguna restricción para determinados productos, sería mayor al definido por MEVION, que se limita a la esterilización por técnicas de irradiación (beta y gamma).

Respecto al mercado geográfico, ambas partes limitan el radio de acción de las plantas de esterilización a unos 500-600 km, lo que ambas reconocen que llevaría a incluir como sustitutiva, en Cataluña, a la planta de Isotron France.

Sobre las alegaciones a la posición de IONMED en el mercado, siguiendo la argumentación expuesta anteriormente, esta Dirección de Investigación estima que no es necesario definirla estrictamente, en tanto que el objeto de análisis son los acuerdos con cláusulas de exclusividad suscritos por IONMED con 17 clientes. No obstante, teniendo en cuenta lo descrito en relación al mercado relevante, parece difícil sostener que IONMED tenga, como afirma MEVION, el 80% de la cuota de mercado del sector de la esterilización e higienización, pues por la información contenida en el expediente habría que tener en cuenta como competidor no sólo a la planta de Agarogamma S.A., sino también a Isotron Francia, las plantas de esterilización por tecnología ETO y la esterilización cautiva.

Asimismo, IONMED destaca que atendiendo a los datos publicados en el registro mercantil se observa que la facturación de Aragogamma está algo por encima del millón de euros anuales (datos del 2010), y por lo que le consta, Aragogamma consigue la totalidad de esa facturación a través de sus actividades en el sector que nos ocupa. De tal forma que teniendo en cuenta que la facturación de IONMED es

de dos millones de euros en este mismo mercado, incluso en el supuesto de que el mercado relevante incluya solo los servicios de esterilización industrial a través de Irradiación en territorio español, la cuota de Aragogamma sería un 33% y no el 20% como erróneamente afirma MEVION (folio 1139).

Sobre la suficiencia de los compromisos, sin perjuicio de la valoración que se realizará en el apartado correspondiente, cabe matizar que el Reglamento de verticales establece que el artículo 101, apartado 1, del TFUE no se aplicará si la cuota de mercado del proveedor, por un lado, y del comprador, por otro, no supera el 30%. Y para los casos en los que la cuota del proveedor o comprador supere el 30 %, las directrices relativas a las restricciones verticales (párrafo 110) establecen que deberá evaluarse si es aplicable al acuerdo vertical lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1. Asimismo, dichas Directrices establecen que es más probable que las obligaciones de marca única den lugar a una exclusión contraria a la competencia cuando las realicen empresas dominantes (párrafo 133).

Por tanto, a diferencia de lo que expone MEVION en sus alegaciones, los contratos de exclusiva no están prohibidos siempre que la cuota del proveedor supere el 30%, sino que lo que establecen las Directrices sobre verticales es que no se puede presumir que no plantean problemas de competencia y requieren un análisis específico en cada caso.

En el presente expediente, esta Dirección de Investigación considera que existen indicios de infracción de la LDC en relación a los contratos con exclusivas de larga duración, motivo por el que ha incoado expediente sancionador, pero de la misma manera considera que cabe resolver los problemas detectados mediante compromisos en el marco de una terminación convencional.

En efecto, la “Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores” publicada por la CNC en verano de 2011, señala una serie de situaciones en las que, en general, no cabe la terminación convencional. Entre ellas no se encuentra el caso objeto de análisis en este expediente, puesto que no se está enjuiciando una conducta que se agota en sí misma ni un cártel; las conductas no han tenido efectos irreversibles; IONMED no ha sido declarado infractor de la LDC y no se estima necesario un pronunciamiento expreso de infracción de la normativa de competencia.

Por el contrario, se estima que los compromisos resuelven los problemas detectados, pueden implementarse de forma rápida (de hecho, ya están cumplidos) y su vigilancia es viable.

En relación a las solicitudes de prueba y levantamiento de la confidencialidad, señalar que con fecha 12 de julio de 2012 esta Dirección de Investigación acordó el levantamiento de la confidencialidad de determinados datos, al tener en cuenta, por un lado, que parte de esa información es necesaria para la resolución del procedimiento y que, por otro, que es preciso mantener un justo equilibrio entre la necesidad de desvelar la información imprescindible para que MEVION pueda hacer alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes y la necesidad de salvaguardar los secretos que pertenecen a cada empresa.

Asimismo, con fecha 18 de julio de 2012 se denegó el levantamiento de la confidencialidad de otros de los documentos solicitados:

- los contratos con clientes aportados al expediente por IONMED,
- la información proporcionada por IONMED relativa a clientes de Isotron France, y
- la información proporcionada por IONMED relativa a la ubicación de sus clientes la información proporcionada por IONMED relativa al valor del mercado de esterilización industrial y a las cuotas de mercado de las empresas que operan en el mismo, por tratarse de datos estratégicos sensibles y secretos de negocio de IONMED (contratos, clientes, ventas) cuyo conocimiento revelaría su política comercial a MEVION y podría proporcionarle ventajas indebidas y porque reiterada doctrina pone de manifiesto que es suficiente con que sea la propia Administración la que compruebe determinados extremos, sin que sea necesario permitir el acceso a terceros.

MEVION no interpuso recurso contra dicho acuerdo de denegación de levantamiento de confidencialidad que le fue notificado con fecha 18 de julio de 2012.

Por otro lado, se comunicaba que se había incorporado al expediente el informe del experto aportado por MEVION y se denegaba la práctica de las pruebas solicitadas al amparo del artículo 80 de la LPA, puesto que los problemas de competencia detectados y que han llevado a la incoación de expediente sancionador se limitan a contratos de esterilización e higienización, que no afectan al tratamiento de polímeros y que vinculan a dos partes, de donde resulta que no es necesaria la definición estricta de mercados relevantes de producto ni geográficos, puesto que el análisis se desarrolla en el ámbito del artículo 1 LDC”.

CUARTO.- Valoración del Consejo. Sobre la base de la propuesta recibida y teniendo en cuenta los hechos que constan en el informe y en el expediente instruido por la Dirección de Investigación, conforme a la LDC (art. 52), al RDC (art. 39) y a la Comunicación sobre Terminación Convencional de expedientes sancionadores de octubre de 2011 (apartados 46-47), el Consejo puede emitir fundamentalmente dos clases de pronunciamientos: (i) que los compromisos son adecuados, o (ii) instar a la Dirección de Investigación la continuación del expediente sancionador de forma que se finalice con un pronunciamiento de los previstos en el artículo 53 de la LDC descritos en el Fundamento de Derecho PRIMERO.

En primer lugar declarar que el Consejo comparte las consideraciones realizadas por la DI que se recogen en el Fundamento de Derecho Tercero en relación con las conductas denunciadas por MEVION, así como con la delimitación de la incoación a las conductas relativas a los contratos en exclusiva.

Por lo que se refiere a la Terminación Convencional, los compromisos han sido presentados por IONMED de forma autónoma, inmediatamente después de incoado el expediente y fue aceptada por la DI con fecha 18 de mayo de 2012, interrumpiendo la instrucción del expediente sin que se llegara en el mismo a la presentación del Pliego de Concreción de Hechos, no existiendo por tanto

imputación de infracción ni siquiera en fase preliminar (art. 33.1 del RDC). El Consejo conoció dichos compromisos con fecha 31 de mayo de 2012.

El Consejo también comparte las consideraciones de la DI sobre las ventajas de la Terminación Convencional en este procedimiento.

Procedencia de la Terminación Convencional.

Concretado el ámbito de la instrucción a las conductas de IONMED consistentes en la prestación en exclusiva de servicios de ionización a clientes que suponen una parte importante de la facturación de IONMED y por periodos que, aunque inferiores a 5 años, tienen cláusula de renovación automática, por ser las que presentan indicios de infracción de la LDC por su aptitud para obstaculizar la entrada de competidores, el Consejo considera que en este supuesto la supresión de dichos obstáculos de forma temprana y el restablecimiento en su caso de las condiciones de competencia, garantiza en mayor medida el interés público que una instrucción completa que, aunque terminase finalmente en acreditación de la infracción, retrasaría la cesación de la conducta y supondría además mayores cargas, tanto para la administración como para el supuesto infractor. Y la remoción de los posibles obstáculos a la competencia de forma inmediata es más importante en este caso y favorable para el denunciante que está precisamente en fase de acceso al mercado.

En todo caso, como bien dice la DI, en este supuesto se cumplen los requisitos para una terminación convencional que se explicitan en la COMUNICACIÓN SOBRE TERMINACIÓN CONVENCIONAL DE EXPEDIENTES SANCIONADORES publicada por la CNC en el año 2011. No estamos ante un cartel ni la infracción se agota en sí misma, y tampoco se han apreciado efectos irreversibles sobre la competencia. Por otra parte IONMED solicitó la Terminación Convencional y presentó los compromisos apenas transcurrido un mes de la incoación del expediente.

Suficiencia de los compromisos

Constatada la legalidad y oportunidad de aplicar en este procedimiento la Terminación Convencional, es necesario evaluar si los compromisos presentados cumplen los requisitos exigidos por el artículo 52 de la LDC.

Como se recoge en el AH nº 4, el 14 de mayo de 2012, IONMED propuso modificar todos los contratos que incluyen una cláusula de exclusividad durante un período indefinido o superior a cinco años, en un plazo de seis semanas a partir de la fecha del Acuerdo de inicio de las actuaciones tendentes a la Terminación Convencional, de forma que la cláusula de exclusividad quedaría limitada a 2, 3 o 5 años, según lo establecido en cada contrato actual y al acabarse la duración natural del contrato, las partes deberán volver a negociar el mismo, incluida la cláusula de exclusividad. (Ver Anexo I, versión confidencial de la propuesta de compromisos presentada por IONMED).

Como se aprecia en la propuesta de compromisos, aceptada la Terminación Convencional IONMED modifica la cláusula de duración de los acuerdos, de tal forma que en el caso de los contratos con duración de dos años naturales y prórroga tácita anual quedaría *“La duración del presente Acuerdo será de 2 años naturales.”*

Los contratos con exclusividad de duración de [3 o 5] años naturales con prórroga tácita anual, tras la modificación propuesta por IONMED quedarían: "La duración del presente Acuerdo será de [3 o 5] años naturales".

En los contratos redactados en inglés con una duración de 3 años y prórroga tácita anual, IONMED propone que se mantenga "This agreement shall become effective upon execution, and shall be in force for a period of 3 years".

Asimismo, IONMED se compromete en relación a los posibles nuevos contratos en los que considere oportuno incluir una cláusula de exclusividad, a no incluir cláusulas de exclusividad de duración superior a 5 años y a que no sean renovables tácitamente (folios 917-919 confidenciales y 922-924).

A juicio del Consejo, que coincide con la DI, esta modificación de los contratos cumple los requisitos del artículo 52 de la LDC al evitar el cierre del mercado, dejando libres a los clientes para cambiar de proveedor.

MEVION disiente de esta valoración e insiste en la supresión de los contratos en exclusiva. El Consejo se remite a la respuesta de la DI que se recoge en el Fundamento anterior y considera que la supresión de la posibilidad de realizar contratos en exclusiva por periodos inferiores a 5 años, podría ser desproporcionado. Por lo que se refiere a la solicitud de MEVION sobre levantamiento de confidencialidad este Consejo no alcanza a comprender el objeto de la misma y no puede compartir la necesidad de levantar la confidencialidad de información sensible a un competidor, cuando como en este caso, no se está afectando al derecho de defensa de ningún incoado. Dicha información es conocida por el órgano que tiene que resolver que es este Consejo.

Ejecución de los compromisos

Como se aprecia en la propuesta de compromisos, IONMED se comprometía a ejecutar los compromisos en el plazo de seis semanas desde la fecha de aceptación de la Terminación Convencional por la DI, notificándolo a medida que fuera modificando los contratos.

De acuerdo con la información aportada por IONMED los días 15 y 27 de junio de 2012, y que se recoge en el expediente, IONMED ha modificado todos los contratos en los que se incluía cláusula de exclusividad, en el sentido de la propuesta. En todos los contratos con exclusividad se elimina la renovación tácita. En uno de los contratos las partes han acordado con fecha 26 de junio de 2012 una terminación anticipada de dicho contrato. Los restantes continúan con la misma duración que en el contrato original (5, 3 o 2 años), salvo dos en los que se reduce la duración de 5 a 3 años. Asimismo, en todos se establece que la duración del contrato de servicios, independientemente de la modificación, tiene su inicio en el día de la firma original del citado contrato.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, sin necesidad de pronunciarse sobre el carácter restrictivo de la conducta denunciada, y teniendo en consideración que IONMED ya ha modificado los contratos en exclusiva una vez aceptada por la DI la Terminación Convencional, el Consejo considera adecuados los compromisos propuestos IONMED que se recogen en el Anexo I a esta resolución y resuelve procedente la Terminación Convencional del expediente de referencia.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Acordar, al amparo del artículo 52 de la LDC, la Terminación Convencional del procedimiento sancionador del Expte. S/386/11, IONMED ESTERILIZACIÓN, en los términos recogidos en el Fundamento de Derecho CUARTO.

SEGUNDO.- El incumplimiento de cualquiera de los anteriores compromisos y obligaciones tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo previsto en el artículo 62.4 c) de la LDC y en el artículo 39.7 del RDC.

TERCERO.- Encomendar a la Dirección de Investigación la vigilancia de esta Resolución del Consejo de Terminación Convencional.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponerse recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.

Anexo1

2.3 Propuesta de Terminación Convencional: Eliminación de la renovación tacita de la cláusula de exclusividad de los 17 contratos mencionados en el ANEXO 4.

[18] Ionmed propone modificar la cláusula sobre la duración de los acuerdos en todos los contratos mencionados en el ANEXO4, es decir todos los contratos de Ionmed que incluyen una cláusula de exclusividad.

[19] De esa forma, la cláusula de exclusividad se quedaría en 2, 3 o 5 años según lo establecido en cada contrato actual. Al acabarse la duración natural del contrato, las partes deberán volver a negociar el mismo, incluida la cláusula de exclusividad.

[20] Mas en concreto, la cláusula de duración de los acuerdos en algunos de los contratos mencionados en el ANEXO 4 así se lee:

"La duración del presente Acuerdo será de [CONFIDENCIAL] años naturales. Esto no obstante, se considerará automáticamente prorrogado, por periodos sucesivos de un año, salvo que cualquiera de las partes notifique a la otra por escrito mediante telegrama o fax su voluntad de finalización de contrato con una antelación mínima de dos meses".

[21] En estos casos, Ionmed propone eliminar la parte de la cláusula que se ha subrayado arriba.

[22] En otros contratos de los 17 con exclusividad, la cláusula de duración así se lee:

"La duración del presente Acuerdo será de [CONFIDENCIAL] años naturales, prorrogables con posterioridad por periodos anuales por acuerdo de ambas partes. A tal efecto, se entenderá prorrogado si ninguna de las partes notifica a la otra su intención de rescindirlo con al menos 6 meses de antelación a la fecha de su vencimiento".

[23] También en estos casos, Ionmed propone eliminar la parte de la cláusula que se ha subrayado arriba.

[24] Los restantes contratos están redactados en inglés y la cláusula de duración así se lee:

"This agreement shall become effective upon execution, and shall be in force for a period of [CONFIDENCIAL] years and extended for annual periods unless denounced in writing by either parte. To this effect, the agreement to extend without

either party notifying the other of their intention to do so with less than 6 months prior the contract expiry date".

[25] También en estos casos, lonmed propone eliminar la parte de la cláusula que se ha subrayado arriba.

[26] Para el futuro, en relación a los posibles nuevos contratos en los que lonmed considere oportuno incluir una cláusula de exclusividad, la misma lonmed se compromete a no incluir cláusulas de exclusividad de duración superior a 5 años y a que no sean renovables tácitamente.

3 CALENDARIO DE EJECUCION

[27] lonmed se compromete a implementar el compromiso arriba mencionado en un plazo de seis semanas a partir de la fecha del Acuerdo de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador.

[28] Tal y como se ha hablado con la DI en la reunión del 3 de mayo 2012, lonmed empezará a tomar contacto con los clientes cuyos contratos incluyan una cláusula de exclusividad en cuanto reciba notificación del Acuerdo de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador.
[CONFIDENCIAL]

[29] lonmed se compromete asimismo a mantener informada a la DI de cualquier dificultad que pueda encontrar en el proceso de modificación de los contratos según el contenido de la Propuesta mas arriba mencionada.

[30] A medidas que los contratos se vayan modificando en los términos indicados en la presente propuesta de terminación convencional de expediente sancionador, lonmed se compromete a entregar copia de los nuevos acuerdos con cada cliente a la DI.