

# AUDIENCIA NACIONAL

## Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

### SENTENCIA Nº:

**Fecha de Deliberación:** 05/06/2012  
**Fecha Sentencia:** 06/06/2012  
**Núm. de Recurso:** 0000363/2010  
**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO  
**Núm. Registro General:** 03057/2010  
**Materia Recurso:** MULTA  
**Recursos Acumulados:**  
**Fecha Casación:**  
**Ponente Ilma. Sra. :** D<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

**Demandante:** CONSEUR, S.A.  
**Procurador:** D. ARTURO MOLINA SANTIAGO  
**Letrado:**  
**Demandado:** TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
**Codemandado:**

**Abogado Del Estado**

**Resolución de la Sentencia:** ESTIMATORIA

**Breve Resumen de la Sentencia:**

# AUDIENCIA NACIONAL

## Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

**Núm. de Recurso:** 0000363/2010  
**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO  
**Núm. Registro General:** 03057/2010  
**Demandante:** CONSENUR, S.A.  
**Procurador:** D. ARTURO MOLINA SANTIAGO  
**Demandado:** TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

### SENTENCIA N<sup>o</sup>:

**Ilma. Sra. Presidente:**  
D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**  
D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO  
D<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA  
D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RESA GÓMEZ  
D<sup>a</sup>. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a seis de junio de dos mil doce.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Consenur S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D<sup>o</sup> Arturo Molina Santiago, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 9 de abril de 2010**, relativa sanción y la cuantía del presente recurso 46.500 euros.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Consenur S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. D<sup>o</sup> Arturo Molina Santiago, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 9 de abril de 2010, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

**SEGUNDO:** Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

**TERCERO:** Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día cinco de junio de dos mil doce.

**CUARTO:** En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO:** Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 9 de abril de 2010, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 46.500 euros por resultar acreditada una infracción del Artículo 62.3 d) de la Ley 15 /2007.

**SEGUNDO:** La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara como hechos probados:

*“1. La operación de concentración CONSENUR/ECOTEC fue instrumentada a través de un único contrato de compraventa de 25 de enero de 2007. El contrato fue ejecutado el 30 de octubre de 2007.*

*2. La Dirección de Investigación tuvo conocimiento de esta operación en el marco de la instrucción del expediente sancionador S/0014/07 (Residuos Sanitarios 2), en el que CONSENUR fue parte imputada, y entendía que cabía que la adquisición de ECOTEC fuese una operación de concentración notificable.*

*En dicho expediente, la Dirección de Investigación definió un mercado de producto relevante diferenciado de gestión de residuos sanitarios, sin que esta definición fuese discutida por CONSENUR en sus alegaciones al pliego de concreción de hechos presentadas en diciembre de 2008.*

3. En el Acuerdo de la Directora de Investigación de 5 de octubre de 2009 anteriormente citado, por el que se requería de oficio la notificación de la operación CONSENUR/ECOTEC, se consideró que dicha operación de concentración económica era notificable por superarse el umbral del 30% de un mercado relevante de producto, en los términos previstos por el artículo 8.1.a) de la LDC.

4. Con fecha 16 de noviembre de 2009 tuvo entrada en la Dirección de Investigación notificación de la adquisición por parte de CONSENUR del control exclusivo sobre ECOTEC (expediente de concentración C/0185/09 CONSENUR/ECOTEC).

La citada notificación es posterior, en más de dos años, a la ejecución de la operación de toma de control de ECOTEC por CONSENUR.

5. Esta operación de concentración fue autorizada en primera fase y sin compromisos por el Consejo de la CNC mediante resolución de 10 de marzo de 2010, que fue dictada "de acuerdo con el informe y la propuesta remitidos por la Dirección de Investigación".

El Consejo de la CNC consideró acreditado que, como resultado de la operación de concentración CONSENUR/ECOTEC, la cuota de mercado resultante del Grupo ACS en el mercado relevante de producto, en particular el mercado de recogida y transporte de residuos sanitarios peligrosos, en el ámbito nacional, supera el 30% en el año 2006, el año anterior a su ejecución. Es decir, se cumplía lo previsto en el artículo 8.1.a) de la LDC, haciendo la notificación obligatoria de la operación de concentración con carácter previo a su ejecución.

6. Los volúmenes de negocios del grupo ACS y ECOTEC en el mercado nacional de recogida y transporte de residuos sanitarios peligrosos en 2006, fueron, conforme señala la Dirección de Investigación en su Informe-Propuesta, de 17,35 millones de euros en el caso del grupo ACS y de 1,55 millones de euros en el caso de ECOTEC.."

**TERCERO:** La normas de aplicación son las que siguen:

Artículo 63 de la Ley 15/2007:

"3. Son infracciones graves:...

La ejecución de una concentración sujeta a control de acuerdo con lo previsto en esta Ley antes de haber sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia o antes de que haya recaído y sea ejecutiva resolución expresa o tácita autorizando la misma sin que se haya acordado el levantamiento de la suspensión."

En cuanto a la obligación de notificar hemos de estar a lo dispuesto en los siguientes artículos:

Artículo 8 de la Ley 15/2007:

1. El procedimiento de control previsto en la presente Ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:

Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 % del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo..."

Artículo 9 de la Ley 15/2007:

*“1. Las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo anterior deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución.*

*2. La concentración económica no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración en los términos previstos en el artículo 38, salvo en caso de levantamiento de la suspensión.”*

Pues bien, la CNC entiende producida la infracción que nos ocupa en base a los siguientes argumentos:

“De conformidad con lo establecido en la normativa transcrita, dos son los requisitos que deben concurrir para que resulte apreciable el elemento objetivo del tipo infractor; por un lado, que la operación de concentración en cuestión sea notificable con arreglo a lo dispuesto por la LDC y, por otro, que dicha notificación se haya efectuado con posterioridad a la ejecución de la operación jurídica a través de la cual se instrumenta la concentración.

Comenzando por el segundo de los requisitos, el Consejo no alberga duda alguna sobre su apreciación, ya que resulta un hecho indiscutido en el seno del presente expediente que la operación de concentración CONSENUR/ECOTEC fue ejecutada por CONSENUR con fecha 30 de octubre de 2007 y que la misma no fue notificada a la CNC hasta el 16 de noviembre de 2009, es decir, más de dos años después. En este sentido, todas las alegaciones de CONSENUR se centran en justificar que la operación en cuestión no era notificable, pero en ningún momento discute que su ejecución fuera anterior a la notificación.

Por lo que respecta al primero de los requisitos, el relativo a la notificabilidad de la operación, este Consejo, al autorizar la operación de concentración mediante su Resolución de 10 de marzo de 2010 (C-185/09, CONSENUR/ECOTEC), ha dejado claro que obligación de notificación existía, ya que, como se señala en el Informe-Propuesta de la Dirección de Investigación, la adquisición por CONSENUR del control exclusivo de ECOTEC, en el sentido del artículo 7.1.b) de la LDC, era una operación de concentración económica que superaba el umbral del 30% de un mercado relevante de producto, artículo 8.1.a).

Llegados a este punto, es absolutamente imprescindible remarcar la improcedencia de someter a discusión en el seno del presente expediente sancionador si la operación de concentración era o no notificable o sobre si el mercado geográfico o de producto han sido correctamente definidos o sobre el impacto competitivo de la operación ya que, como se ha apuntado en el relato fáctico, tales cuestiones han sido objeto de valoración y debate en el procedimiento legalmente previsto para ello, es decir, el procedimiento de control de concentraciones C-185/09, CONSENUR/ECOTEC. Dicho procedimiento autorizador, aunque esté directamente conectado con el presente, constituye una actuación administrativa distinta, que ha puesto fin a la vía administrativa y que, por lo tanto, es impugnabile separadamente. Es decir, no se puede pretender discutir en el presente procedimiento lo resuelto en otro distinto ya que dicha pretensión se opone a las reglas básicas de impugnación y revisión de actos en Derecho Administrativo.

Partiendo de esta apreciación, cualquier divergencia de criterio que sobre la Resolución del Consejo de 10 de marzo de 2010 pudiera tener CONSENUR debe suscitarse a través del único mecanismo de revisión de actos del Consejo previsto por disposición legal, es decir, el recurso contencioso-administrativo ante la Sala de

lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ex artículos 48 de la LDC y Disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Entender lo contrario y, por lo tanto, pretender que el Consejo se pronuncie sobre las cuestiones atinentes a una operación de concentración ya resuelta equivaldría a intentar revisar en vía administrativa y a través de un cauce improcedente un acto administrativo que, por haber agotado dicha vía, solamente es impugnable en sede contencioso administrativa.

Por lo tanto, salvo pronunciamiento de la Audiencia Nacional en contrario, el cual no consta a este Consejo ni se ha alegado de contrario, toda cuestión atinente a la notificación y autorización del Expediente C/0185/09, CONSENUR/ECOTEC, deviene inatacable en el seno del presente procedimiento sancionador.

Al hilo del razonamiento que se acaba de exponer, añadir dos breves precisiones respecto a las alegaciones que a este respecto se formulan por CONSENUR. En primer lugar, que habiéndose ejecutado la operación de concentración una vez entrada en vigor la actual LDC, no se puede sostener que se esté aplicando retroactivamente ninguna norma. Los razonamientos en torno a esta cuestión se basan, sin duda, en una equivocada interpretación del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales constitucionalmente reconocida, ya que, aplicándose la normativa vigente no puede existir, por definición, retroactividad alguna.

En segundo término, que si bien es cierto que para apreciar la presencia del tipo infractor del artículo 62.3.d) de la LDC resulta necesario acudir a los artículos 7 a 9 de la LDC, no lo es menos que las exigencias contenidas en dichos preceptos han sido valoradas y resueltas por el Consejo en el Expediente C/0185/09, CONSENUR/ECOTEC y que, como acabamos de exponer, su decisión no se puede revisar en el presente expediente.”

Las cuestiones suscitadas en la demanda son tres, falta de obligación de notificar, falta de culpabilidad y falta de proporcionalidad en la sanción.

**CUARTO:** Si bien es cierta la afirmación realizada en la resolución impugnada de que no puede examinarse el mercado relevante porque ya quedó establecido en un procedimiento anterior, no es menos cierto que tal delimitación es esencial en el presente recurso desde la perspectiva de su incuestionabilidad porque ello conecta con el principio de culpabilidad. De suerte que si los razonamientos de la actora que discuten tal delimitación son sostenibles jurídicamente, por más que no hubiesen prosperado, afectarán al elemento subjetivo del tipo.

La cuestión se centra en determinar el mercado de producto como recogida y transporte de residuos peligrosos o de gestión de estos residuos. En el segundo caso no se alcanzaría la cuota de mercado exigida para establecer la obligación de notificar.

La recurrente afirma que existen precedentes en Derecho interno y Comunitario que tratan como mercado relevante el de gestión de residuos.

En Derecho Europeo el mercado de producto se define: El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.

El análisis de la sustituibilidad de la demanda implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera substitutivos. Para llegar a esta determinación puede realizarse un ejercicio mental, que presuponga una variación

pequeña y no transitoria de los precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación. El ejercicio de definición del mercado se centra en los precios con fines operativos y prácticos, y más concretamente en la sustitución de la demanda provocada por pequeñas variaciones permanentes en los precios relativos. Este concepto puede aportar indicaciones claras en cuanto a los elementos de evaluación pertinentes para la definición de mercado.

Desde un punto de vista conceptual, este enfoque implica que, partiendo del tipo de producto que las empresas afectadas venden y de la zona en que lo venden, otros productos y zonas se incluirán o excluirán de la definición del mercado según que la competencia de estos otros productos y zonas afecte suficientemente a la estrategia de fijación de precios de las partes a corto plazo o la restrinja.

La cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente disponibles o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5 % a 10 %) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutivos y zonas hasta que el conjunto de productos y zonas geográficas sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos. En los casos de concentración del poder de compra se aplica un análisis equivalente, cuyo punto de partida es el proveedor, permitiendo el examen de los precios determinar los canales o puntos de distribución alternativos para sus productos.

La sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. Cuando se cumplan estas condiciones, la producción adicional que se comercialice tendrá un efecto restrictivo sobre el comportamiento competitivo de las empresas afectadas. Este impacto en términos de eficacia y de respuesta inmediata es equivalente al efecto de sustitución de la demanda.

A la vista de ello, y considerando además los documentos aportados por la actora, hemos de señalar que no es absolutamente infundado considerar, como lo hizo la recurrente, el mercado relevante como el de la gestión de residuos peligrosos, dada la intercambiabilidad de la oferta, y no limitar el mercado de producto al de su recogida y transporte. Sea o no aceptado éste planteamiento, lo cierto es que encuentra fundamento normativo y por ello no podemos entender que concurre el elemento subjetivo de la infracción, cuando la interpretación de la norma en que se ampara la actora encuentra fundamento en Derecho, por lo que hemos de estimar el presente recurso por falta del elemento subjetivo de la infracción administrativa.

**QUINTO:** De lo expuesto resulta la estimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción anterior a la Ley 37/2011 –disposición transitoria novena -.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

### **FALLAMOS**

Que **estimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Consedur S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D<sup>o</sup> Arturo Molina Santiago, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 9 de abril de 2010**, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos anularla y la anulamos**, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.