

RESOLUCIÓN (Expte. SNC/0005/09, CONSENUR/ECOTEC)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, 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

En Madrid, a 9 de abril de 2010.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador SNC-0005/09, CONSENUR/ECOTEC, iniciado de oficio por la Dirección de Investigación, con fecha de 13 de octubre de 2009, contra CONSENUR, URBASER y ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A., por infracción de los artículos 9.1 y 62.3.d) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 2 de diciembre de 2008, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), la Dirección de Investigación notificó a Urbaser, S. A. (en adelante, URBASER) requerimiento de determinada información en relación con la posible adquisición del control exclusivo de Implantes y Tecnologías Médicas, S.L. (en adelante, IT Médicas).
2. Con fecha 22 de diciembre de 2008 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) la respuesta al anterior requerimiento de información por parte de Consenur, S.A. (en adelante, CONSENUR), filial al 100% de URBASER.
3. Con fecha 6 de octubre de 2009 se notificó a CONSENUR el acuerdo de la Directora de Investigación por el que se le requería de oficio la notificación de la operación de adquisición del control exclusivo de ECOTEC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.5 de la LDC y en el marco de la actuación preliminar ACP/0009/08.

4. Este requerimiento de notificación obligatoria fue recurrido por CONSENUR ante el Consejo de la CNC (expediente R/0024/09), recurso que fue inadmitido a trámite con fecha 10 de noviembre de 2009.
5. Con fecha 13 de octubre de 2009, la Directora de Investigación acordó incoar expediente sancionador contra CONSENUR, URBASER y ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A. (en adelante, ACS), matriz al 100% de URBASER, por posible comisión de la infracción prevista en el artículo 62.3.d) de la LDC.
6. El 13 de octubre de 2009, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como del artículo 13.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se notificó al representante de CONSENUR, el acuerdo de incoación dirigido a la citada empresa, URBASER y ACS, al objeto de que pudieran presentar alegaciones frente a los cargos formulados por la CNC.
7. Con fecha 10 de noviembre de 2009 tuvo entrada en la Dirección de Investigación escrito de alegaciones en relación con el mencionado acuerdo de incoación remitido por la representación de CONSENUR.
8. Con fecha 16 de noviembre de 2009 tuvo entrada en la CNC notificación de la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de CONSENUR del control exclusivo sobre ECOTEC, que dio lugar al expediente de concentración C/0185/09 CONSENUR/ECOTEC. Dicha notificación fue realizada por CONSENUR según lo establecido en el artículo 9 de la LDC.
9. El 10 de marzo de 2010, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución por la que se autorizaba sin condiciones la operación de concentración notificada en el marco del expediente de concentración C/0185/09 CONSENUR/ECOTEC.
10. El 11 de marzo de 2010, la Dirección de Investigación emitió Informe-Propuesta en el procedimiento sancionador SNC/0005/09, en el que se proponía:
“Primero: Que por el Consejo de la CNC se declare que la adquisición por CONSENUR, S.A. del control exclusivo de Ecología y Técnicas Sanitarias, S.L. el 30 de octubre de 2007, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de la Competencia, supone una infracción de los artículos 9.1 y 62.3.d) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a CONSENUR, S.A., así como a sus matrices URBASER, S.A. y ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A. en virtud de lo dispuesto en el artículo 61.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
Segundo: Que se imponga de forma solidaria a CONSENUR, S.A., así como a sus matrices URBASER, S.A. y ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A., la sanción establecida en el artículo 63.1.b) de la citada Ley 15/2007, que podrá

alcanzar hasta un máximo de 780,3 millones de euros, equivalente al 5% del volumen de negocios total del grupo ACS en el ejercicio 2009, inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”.

11. El Consejo de la CNC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 7 de abril de 2010.
12. Son interesados:
 - CONSENUR
 - URBASER
 - ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A.

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.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Normativa de aplicación

El día 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La conducta que la DI imputa como infractora de la LDC se produce el 30 de octubre de 2007, por lo que la Ley aplicable tanto a la calificación jurídica o tipificación de la conducta como a su tramitación debe ser la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y, conforme a lo dispuesto en su artículo 70, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y su normativa de desarrollo

SEGUNDO.- Sobre el elemento objetivo del tipo infractor previsto por el artículo 62.3.d) de la LDC

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como propone la DI, CONSENUR ha incumplido la obligación impuesta por el artículo 9 de la Ley 15/2007, en virtud del cual las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8 deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución. De ser así esta conducta está tipificada en el artículo 62.3.d) como una

infracción grave a la LDC, por lo que el Consejo de la CNC podría imponer sanciones por un valor que no supere el 5% del volumen de negocios de la empresa infractora.

Definido por el artículo 7 de la LDC qué debe entenderse por una concentración económica a efectos de aplicación de la normativa en vigor, el artículo 8 establece que las operaciones de concentración que den lugar a una adquisición o incremento de una cuota de mercado superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo deberán ser notificadas a la CNC para su valoración. Alternativamente a este requisito serán también de notificación obligatoria aquellas operaciones en las que el volumen de negocios global en España del conjunto de los participantes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros.

Por su parte, el previamente citado artículo 62.3.d) de la LDC tipifica como infracción grave *“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.”*

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 autorizatorio, 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 impugnable 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.

En definitiva, el Consejo puede afirmar, sin margen alguno a error, que los hechos tipificados como infracción administrativa por el artículo 62.3.d) de la LDC concurren en el presente caso y que, por lo tanto, la conducta ilícita existe. Cuestión aparte, que se analizará a continuación, es la relativa al carácter con el que ha intervenido en dicha conducta el imputado.

TERCERO.- Elemento subjetivo del tipo: carácter doloso o negligente de la conducta.

A efecto de valorar en el presente procedimiento sancionador la concurrencia del elemento subjetivo del tipo infractor, es imprescindible comenzar por aclarar, que, como declara el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 76/1990, de 26 de abril, el principio de culpabilidad ha de ser interpretado en función de la recepción, en el Derecho Administrativo sancionador, de los principios propios del Derecho Penal y, en concreto, del de culpabilidad, de forma tal que la sanción correspondiente requerirá el carácter doloso o negligente de la conducta ilícita de que se trate.

No podemos negar, como reconoce reiteradísima jurisprudencia, por todas la STS de 22 de noviembre de 2004, que la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita en el ámbito del derecho sancionador, señalando al respecto que sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), que excluye la imposición de sanciones sin atender a la conducta diligente del administrado, pues más allá de la simple negligencia los hechos no pueden ser sancionados.

Por lo tanto, el título de imputabilidad que permite el reproche administrativo no queda limitado a los supuestos en los que concurre dolo, que implica por definición la conciencia en el autor del carácter típico y antijurídico de su conducta unido a la voluntad de realizarla, sino que se extiende igualmente a aquellos supuestos en los que nos encontremos ante un incumplimiento a *“título de simple negligencia”*.

Pues bien, a la hora de analizar si la conducta de CONSENUR en los hechos que motivan el presente expediente es culpable, existen una serie de circunstancias que, a juicio del Consejo, son manifiestamente reveladoras de su responsabilidad. Tales son las siguientes:

(1) En primer lugar, no es cierto, como afirma CONSENUR, que de los precedentes nacionales y comunitarios se pudiera desprender, al tiempo de ejecutarse la operación de concentración CONSENUR/ECOTEC, que la recogida y transporte de residuos sanitarios peligrosos conformaba parte del mismo mercado que la recogida y transporte de otros residuos peligrosos.

A este respecto, es pertinente recordar que las autoridades de competencia, en materia de control de concentraciones, no siempre se pronuncian o hacen un análisis exhaustivo sobre cuáles son los mercados relevantes en un expediente, si esta cuestión no afecta a la notificabilidad de la operación de concentración o al análisis de fondo de los efectos de la concentración sobre la competencia efectiva.

Como bien apunta la Dirección de Investigación, la situación descrita es la que ha ocurrido en los diversos precedentes nacionales y comunitarios que cita CONSENUR para justificar que no se había delimitado previamente el mercado de producto relevante de gestión de residuos sanitarios. Por ejemplo, en el informe del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) en el caso N-03049 Ferrosur / Cespa, no se realiza un análisis en profundidad del ámbito de la gestión de residuos peligrosos porque *“FERROSER no tiene actividad alguna en el mercado de la gestión de residuos peligrosos, mientras que CESPA se limita a actuar en los mercados de recogida y descontaminación de residuos biosanitarios a través de ECOCLINIC, S.A.”*

Prueba evidente de que no existían los antecedentes invocados por CONSENUR es que la CNC, tras la aplicación de los criterios para la definición de mercados de productos relevantes y teniendo en cuenta los diversos precedentes nacionales y comunitarios, así como las características específicas de la operación de concentración CONSENUR/ECOTEC, ha entendido que la definición del mercado de producto relevante en dicha operación de concentración es la del mercado de recogida y transporte de residuos sanitarios peligrosos.

Por lo tanto, la ausencia de antecedentes que justificasen fuera de toda duda la actuación, o más bien, la omisión de la imputada, impide apreciar que exista una “diferencia de criterio razonable” entre CNC y CONSENUR respecto a la interpretación del mercado de referencia.

(2) En segundo término, la propia conducta de CONSENUR contradice lo manifestado a lo largo de la tramitación del expediente sancionador sobre el carácter razonable de su criterio.

En efecto, la Dirección de Investigación definió un mercado de producto relevante diferenciado de gestión de residuos sanitarios en el marco del expediente S/0014/07 (Residuos Sanitarios 2), en el que CONSENUR fue parte imputada, sin que esta definición fuese discutida por CONSENUR en sus alegaciones al pliego de concreción de hechos de dicho expediente presentadas en diciembre de 2008.

El Consejo no termina de comprender, ni CONSENUR ha explicado, qué circunstancias han cambiado desde octubre de 2007, momento de realización de la operación de concentración CONSENUR/ECOTEC, a diciembre de 2008, para que ahora concluya

que los residuos sanitarios peligrosos deben ser considerados parte de un mercado más amplio que incluya diferentes tipos de residuos peligrosos, no sólo los sanitarios.

En este sentido, coincidimos plenamente con la Dirección de Investigación cuando afirma que *“los propios actos de CONSENUR indican que esta entidad tenía la suficiente información y conocimientos de la normativa de competencia como para haber llegado en octubre de 2007 a la misma conclusión a la que se ha llegado en el marco del expediente C/0185/09, que la recogida y transporte de los residuos sanitarios peligrosos forma parte de un mercado de producto relevante diferenciado de la recogida y transporte de otros residuos peligrosos.”*

(3) Por último, es un hecho indiscutido que CONSENUR forma parte de un gran grupo empresarial, ACS, que cuenta con los medios y la experiencia en la aplicación de la normativa de control de concentraciones en España. Por ello, una actuación diligente de CONSENUR en relación con el análisis de la notificabilidad de la operación de concentración CONSENUR/ECOTEC le debería haber suscitado dudas que podría haber consultado con la CNC.

En este sentido, la normativa de defensa de la competencia pone a disposición de las empresas determinados instrumentos, como es la prenotificación y la consulta previa previstas respectivamente por los artículos 56.2 y 59 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que permiten verificar la notificabilidad de una operación de concentración y que, en el presente caso, CONSENUR no ha utilizado.

A la vista de las circunstancias descritas, el hecho de que, a una empresa con los conocimientos técnicos y medios materiales y humanos de CONSENUR, no le llegase a surgir la más mínima duda sobre la notificabilidad de la operación o, al menos, decidiera acudir ante la propia Administración solicitando información, especialmente teniendo en cuenta los cauces específicos previstos por la Ley y el Reglamento de Defensa de la Competencia, impide considerar que, por su parte, se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones que, en materia de control de concentraciones, incumben a toda empresa que realiza operaciones jurídicas que, por su naturaleza, puedan quedar sometidas a autorización de la CNC. Máxime si tenemos en cuenta el destacado peso que el grupo en cuestión tiene en el negocio de la recogida de residuos sanitarios

Por lo tanto, no pudiendo ser considerada la aquí examinada como una actuación diligente, es decir, no habiendo empleado el infractor, en el cumplimiento de sus deberes legales, la diligencia propia de un ordenado empresario, es evidente que su actuación, o como ocurre en este caso, su ausencia de actuación, constituye a todas luces una conducta negligente y, por lo tanto, sancionable por culpable.

CUARTO.- Sobre la confianza legítima y las consideraciones de política de competencia

En conexión directa con el Fundamento precedente, se encuentra la alegación de infracción del principio de confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro ordenamiento, de la seguridad jurídica, contemplado en el artículo 9.3 de la Constitución Española y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, reconocido expresamente por el artículo 3 LRJPAC.

A este respecto, señalar que la interpretación que de dicho principio realiza CONSENUR no es en absoluto coincidente con la que, de forma constante, se viene realizando por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el (hoy) Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, como señala de forma reiterada la jurisprudencia comunitaria, el principio de confianza legítima no es aplicable a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha confianza se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración, lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la "apariencia de legalidad" que la actuación administrativa a través de actos concretos revela, moviendo a la voluntad del administrado a realizar determinados actos que después no concuerdan con la verdadera voluntad de la Administración y sus consecuencias, reveladas y producidas con posterioridad a la material realización de aquéllos por los particulares.

Pues bien, no existiendo antecedentes concluyentes de una delimitación del mercado relevante como la que propone el interesado ni habiéndose servido el interesado de los instrumentos que, como se ha expuesto previamente, pone la normativa de defensa de la competencia a disposición de las empresas a efectos de conocer el parecer de la CNC respecto a la notificabilidad de una determinada operación, ningún vicio o defecto como el alegado es imputable a la tramitación del presente expediente sancionador ya que no se podía razonablemente confiar en que el actuar administrativo precedente amparase la actuación de CONSENUR.

Como ha declarado este Consejo en su Resolución de 26 de enero de 2010 (Expte. SNC/0003/09 ABERTIS-TRADIA), la ausencia de delimitaciones previas de un determinado mercado *“es una situación continua y regular en el análisis de operaciones de concentración, bien porque la operación en concreto sucede en mercados emergentes, en los que los productos y servicios que ofrecen las empresas implicadas son de nueva creación, bien porque la operación en cuestión sea la primera en realizarse en el mercado en el que operan las empresas objeto de la concentración. La economía, como la sociedad en la que se desarrolla, es dinámica y por lo tanto continuamente se crean nuevos productos y servicios y por tanto siempre hay una primera vez para la delimitación de los mercados relevantes en la mayoría de las operaciones de concentración. Además, la posible incertidumbre que se puede generar como consecuencia de ser los primeros en protagonizar una operación de concentración en*

mercados sin previa delimitación por las autoridades de competencia puede ser fácilmente soslayada con la nueva regulación, ya que como señala la DI en el párrafo 111 de su PR, pues la nueva LDC regula en su artículo 55.2 que “con carácter previo a la presentación de la notificación podrá formularse consulta previa a la Comisión Nacional de Competencia sobre: a) si una determinada operación es una concentración de las previstas en el artículo 7 y b) si una determinada concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previsto en el artículo 8.”

Por otro lado, y respecto a las consideraciones de política de competencia efectuadas por CONSENUR, en adición a lo manifestado por la Dirección de Investigación en su Informe-Propuesta (página 16) sobre que se trata de consideraciones generales que trascienden al objeto del presente expediente, opinión que este Consejo comparte, debe recordarse que la CNC, como toda Administración Pública, actúa “*con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*”, ex artículo 103 de la Constitución Española, de suerte que, detectada una conducta que, a su juicio, sea constitutiva de una infracción administrativa está obligada, previa la tramitación del correspondiente procedimiento, a sancionarla.

QUINTO.- De la responsabilidad de URBASER Y ACS

Como última de las alegaciones de CONSENUR, se manifiesta que las notificaciones que a sus representantes se efectuaron dirigidas a ACS y URBASER eran erróneas ya que ni actúan en representación de dichas empresas ni están apoderados para recibir ninguna notificación en nombre de aquéllas.

A este respecto, considera el Consejo que, aunque desde su incoación, el procedimiento sancionador que nos ocupa se ha dirigido frente a CONSENUR, URBASER y ACS, lo cierto es que todas las notificaciones de los distintos actos de instrucción que ha dictado la Dirección de Investigación se han practicado o bien en la sede de CONSENUR o en la del despacho de abogados que la ha representado en vía administrativa, habiendo intervenido las personas que comparecen como sus representantes únicamente en nombre de dicha empresa. Así queda acreditado tanto en los escritos de alegaciones presentados durante la tramitación, que efectúan “*en representación de Consenur*”, como el poder aportado con su escrito de alegaciones de 6 de noviembre de 2006 (folios 33 a 40 del expediente).

Partiendo de esta apreciación, entiende el Consejo que ninguna de las notificaciones dirigidas a URBASER y ACS se han realizado en forma, ya que no se han remitido a las personas que señala el artículo 59 de la LRJPAC, es decir, al interesado o su representante. Si no han sido correctamente notificadas desde el principio, no se puede entender que dichas empresas hayan intervenido en el presente procedimiento sancionador ni, por lo tanto, que el Consejo pueda pronunciarse sobre su responsabilidad por los hechos aquí analizados.

SEXTO.- Sobre el importe de la sanción.

Resuelta la existencia de una infracción a la LDC por incumplimiento de su artículo 9, el Consejo de la CNC puede imponer al responsable de dicho incumplimiento, sobre la base del artículo 63 de la LDC, una sanción. La infracción cometida en este caso está tipificada como una infracción grave en el artículo 62.3.d), por lo que, como recuerda la DI el límite máximo a la sanción debe situarse en el 5% del volumen de negocios total de la empresa o empresas infractoras.

El Consejo, partiendo de que el hecho por el que se sanciona en este expediente es el incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 9, tomando en consideración el peso en cuota de mercado y volumen de negocios en el mercado relevante de la empresa adquirida, ECOTEC, y valorando, por un lado, que no se aprecia la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes, y, por otro, que se trata de una operación de concentración autorizada en primera fase sin compromisos, considera proporcionado imponer una sanción equivalente al tres por ciento del volumen de ventas de la empresa adquirida, es decir, CUARENTA y SEIS MIL QUINIENTOS EUROS (46.500 €).

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que la adquisición por CONSENUR, S.A. del control exclusivo de Ecología y Técnicas Sanitarias, S.L. el 30 de octubre de 2007, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de la Competencia, supone una infracción de los artículos 62.3.d) y 9.1 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a CONSENUR, S.A., en virtud de lo dispuesto en el artículo 61.1 del citado texto legal.

SEGUNDO.- Imponer a CONSENUR, S.A. la sanción de CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS EUROS (46.500 €).

TERCERO.- No pronunciarse sobre la responsabilidad de URBASER Y ACS por no haber intervenido en el presente procedimiento.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.



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