



Roj: **SAN 3736/2023 - ECLI:ES:AN:2023:3736**

Id Cendoj: **28079230062023100524**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **04/07/2023**

Nº de Recurso: **489/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3736/2023,**
AAAN 11771/2023

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000489 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05750/2016

Demandante: CONSENUR, S.L.U.

Procurador: D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

Madrid, a cuatro de julio de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 489/16 promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez en nombre y representación de **CONSENUR, S.L.U.**, contra la resolución de 28 de julio de 2016, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, adoptada en el expediente C/0761/16 CONSENUR-Activos Cathisa, por la que se autoriza la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de CONSENUR del control exclusivo de la rama de actividad relativa a la gestión de residuos de la compañía CATHISA MEDIOAMBIENTE, S.L.; posteriormente ampliado a la resolución de 14 de marzo de 2017, que puso término al expediente sancionador SNC/DC/074/16 Consenur y por la cual



se impuso a la recurrente una sanción de multa de 20.000 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia estimatoria por la cual:

"Primero. Declare nulas de pleno derecho o, subsidiariamente, anule (i) la Resolución de la CNMC de 28 de julio de 2016 dictada en el expediente C/0761/16, Consenur/Activos Cathisa por la que se aprueba la Operación de Concentración; y (ii) la Resolución de la CNMC de 17 de marzo de 2017 dictada en el expediente SNC/DC/074/16, Consenur, que declara la existencia de una infracción del artículo 62.3 d) de la LDC y sanciona a Consenur con una multa de 20.000 euros.

Segundo. Adicionalmente, para el caso de que se estime el recurso, se publique por la CNMC la sentencia estimatoria y una nota de prensa relativa al sentido de la sentencia en su sitio web, que deberá figurar en la página en la que se encuentra publicada la documentación relativa al expediente administrativo, en la sección de novedades de la página de inicio (donde deberá permanecer al menos tres días) y en la página en la que se encuentra el archivo de novedades a partir de ese momento.

Tercero. Condene a la CNMC a devolver el importe de la sanción impuesta a Consenur mediante Resolución de 14 de marzo de 2017 y los intereses legales del dinero a Consenur, intereses que se cuantificarán en ejecución de sentencia de acuerdo con los artículos 32.2 y 26.6 de la Ley General Tributaria .

Cuarto. Condene en costas a la CNMC. "... dicte sentencia por la cual, con estimación del presente recurso contencioso-administrativo:

- Se declare la disconformidad a Derecho y, en consecuencia, anule íntegramente la Resolución objeto de recurso.*
- Subsidiariamente, declare la disconformidad a derecho y, en consecuencia, anule la Resolución objeto de recurso en la parte referida a la subordinación de la autorización de la concentración entre SCM y MA al cumplimiento del compromiso propuesto por la empresa notificante, del Resuelve Primero y Segundo de la Resolución.*
- Se impongan las costas a la Administración demandada".*

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 22 de marzo de 2023, prolongándose la deliberación a sesiones de 12 y 26 de abril y 10 de mayo siguientes.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de 28 de julio de 2016, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, adoptada en el expediente C/0761/16 CONSENUR-Activos Cathisa, por la que se autoriza la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de CONSENUR del control exclusivo de la rama de actividad relativa a la gestión de residuos de la compañía CATHISA MEDIOAMBIENTE, S.L.; así como la dictada con fecha 14 de marzo de 2017, que puso término al expediente sancionador SNC/DC/074/16 Consenur y por la cual se impuso a la recurrente una sanción de multa de 20.000 euros.

La primera de dichas resoluciones acordaba lo siguiente:

"Visto el expediente tramitado de acuerdo a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, notificación de la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de SRCL CONSENUR, S.L.U. (CONSENUR), a través de su filial al 100% Ecología y Técnicas Sanitarias, S.L. (ECOTEC), del control exclusivo de la rama de actividad relativa a la gestión de residuos de la compañía CATHISA MEDIOAMBIENTE, S.L. (CATHISA). (Expte. C/0761/16 CONSENUR - Activos CATHISA), y estando de acuerdo con el informe y la propuesta remitidos por la Dirección de Competencia, la Sala de Competencia del Consejo de la



Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha resuelto, en aplicación del art. 57.2.a) de la mencionada Ley, autorizar la citada operación de concentración.

Asimismo, y teniendo en cuenta la Comunicación de la Comisión Europea sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/ C 56/03) y la práctica de las autoridades nacionales de competencia, esta Sala propone que queden fuera de la autorización, el pacto de no competencia, en lo que afecta al territorio de España fuera de Canarias, y el de no captación, en lo que afecta a los trabajadores del comprador, quedando sujetos estos aspectos no accesorios a la normativa sobre acuerdos entre empresas. Todo ello sin perjuicio de que CONSENUUR haya ejecutado esta operación de concentración con carácter previo a su notificación a la CNMC..."

Por su parte, la resolución de 14 de marzo de 2017, recaída en el expediente sancionador SNC/DC/0074/16 CONSENUUR, se pronunciaba en su parte dispositiva en estos términos:

"PRIMERO.- Declarar que la ejecución de la adquisición por SRCL CONSENUUR, S.L.U. (CONSENUUR) del control exclusivo de la rama de actividad relativa a la gestión de residuos de la compañía CATHISA MEDIOAMBIENTE, S.L. (CATHISA) llevada a cabo el 1 de agosto de 2015, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, supone una infracción grave del artículo 62.3.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , de la que se considera responsable a SRCL CONSENUUR, S.L.U. (CONSENUUR).

SEGUNDO.- Imponer a SRCL CONSENUUR S.L.U. la sanción de 20.000 Euros conforme al artículo 63.1.b) de la citada Ley . TERCERO.- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución".

Como se refleja en la misma demanda y se desprende de los expedientes administrativos que concluyeron con ambas resoluciones, los antecedentes de interés para decidir el litigio pueden resumirse del siguiente modo:

1.- Con fecha 26 de abril de 2016, la CNMC requirió de oficio a Consenuur la notificación de la operación consistente en la adquisición del control exclusivo por su parte de determinados activos de la rama de actividad de gestión de residuos peligrosos sanitarios de CATHISA MEDIOAMBIENTE, S.L. La justificación de dicho requerimiento se encontraría en la información reservada ACP/2015/015, según la cual dicha operación constituía una concentración económica en el sentido de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y debería haber sido notificada a la CNMC al superar el umbral previsto al efecto en el artículo 8 de la misma Ley.

2.- El 2 de junio de 2016 Consenuur presentó la notificación de la operación de concentración. Y, tras librarse los requerimientos de información que recoge el expediente a dieciséis Comunidades Autónomas y a las dos Ciudades Autónomas, y unirse la información suministrada, el 28 de julio de 2016 la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dictó resolución en el expediente C/0761/16 Consenuur/ Activos Cathisa por la que se autorizaba la operación de concentración.

3.- Al propio tiempo, y como consecuencia de las conclusiones alcanzadas por la CNMC en el expediente de concentración citado, la Dirección de Competencia incoó el 22 de septiembre de 2016 expediente sancionador frente a la ahora recurrente (SNC/DC/074/16 Consenuur) por el incumplimiento de la obligación de notificar a la CNMC la operación de concentración con carácter previo a su ejecución, y ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.1 de la LDC.

4.- Tramitado el expediente sancionador, con fecha 14 de marzo de 2017 la Sala de Competencia de la CNMC dictó resolución mediante la cual imponía a la actora una sanción de multa de 20.000 euros por la comisión de la infracción prevista en el artículo 62.3.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

SEGUNDO.- La entidad recurrente plantea como primer motivo de su demanda la nulidad de la resolución sancionadora por no habersele dado traslado de las denuncias presentadas por un tercero que dieron lugar al inicio del expediente de control de concentraciones y, posteriormente, al expediente sancionador que concluyó con la imposición de la multa que recurre.

Invoca en apoyo de este motivo lo dispuesto en los artículos 26 y 28.2 del Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, y denuncia la indefensión que con ello se le produjo, por lo que la declaración de nulidad resultaría obligada conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, hoy el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, teniendo en cuenta el alcance que ha de reconocerse al derecho fundamental recogido en el artículo 24.2 de la Constitución.

No podemos, sin embargo, compartir esta interpretación por cuanto no existe ese pretendido derecho al traslado de las denuncias.



En efecto, los citados artículos 26 y 28.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, ubicados sistemáticamente en el capítulo II, que lleva por rúbrica *Del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas del título*, del título II, sobre *Procedimientos en materia de competencia*, resultan de aplicación solo a las infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, como se sigue de lo dispuesto en su artículo 70.

Por tanto, no cabe invocar tales preceptos para sustentar una infracción procedimental que no se ha producido.

Por lo demás, y en cuanto a la pretendida indefensión determinante de nulidad de pleno derecho que aduce la actora por esta misma causa, es lo cierto que no se justifica, siquiera de manera indiciaria, en qué ha consistido esa indefensión, y como se ha materializado.

Se trata de una invocación del todo genérica y por ello insuficiente para arrastrar la nulidad de la resolución.

En efecto, ninguna duda puede haber acerca de la aplicabilidad de las garantías del artículo 24.2 al procedimiento administrativo sancionador.

Así lo recuerda el Tribunal Constitucional en su sentencia 63/2021, de 15 de marzo, en la que declara que "... las garantías contenidas en el art. 24 CE son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador (por todas, véase las SSTC 9/2018, de 5 de febrero, FJ 2, o la 54/2015, de 16 de marzo, FJ 7)". Pero es también doctrina de este Tribunal, reflejada en su sentencia 210/1999, de 29 de noviembre, que "la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, en general, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa, eliminando o limitando su potestad, bien de alegar derechos e intereses para que le sean reconocidos, o bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (por todas SSTC 89/1986, fundamento jurídico 2º o 145/1990, fundamento jurídico 3º), y que esta indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (...)".

Criterio reiterado en numerosos pronunciamientos también por el Tribunal Supremo y que resulta de plena aplicación al procedimiento administrativo sancionador.

Pues bien, en el caso que nos ocupa hemos de insistir en que la invocación de indefensión por no haberse conferido traslado de las denuncias a la sancionada es meramente formal o apariencial, pues no se precisa en qué medida esa falta de comunicación ha mermado las posibilidades de defensa de la entidad expedientada, lo que obliga a rechazar el motivo.

TERCERO.- Afirma CONSENUR que se ha vulnerado también ese mismo derecho a la defensa al no haberse cuantificado la sanción en la propuesta de resolución, de tal modo que no tuvo oportunidad de discutir su importe en el seno del procedimiento sancionador.

Sustenta este argumento en que, precisamente por no tratarse de una infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC, resulta aplicable la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (hoy la Ley 39/2015) y su norma de desarrollo en materia sancionadora, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, y ello por consecuencia de lo prevenido en el artículo 70 de la misma LDC.

Conforme al artículo 18 del citado Reglamento, "Concluida, en su caso, la prueba, el órgano instructor del procedimiento formulará propuesta de resolución en la que se fijarán de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso, por el órgano competente para iniciar el procedimiento o por el instructor del mismo; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad".

Lo anterior enlazaría con lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley 30/1992, aplicable *ratione temporis*, según el cual "Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos:

A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia...".

Además, se remite a diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que avalarían su criterio, proponiendo se declare la nulidad de la resolución sancionadora ex artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución, interesando se ordene la retroacción del expediente sancionador a fin de que se le de traslado de una propuesta de resolución en la que se cuantifique la multa a imponer permitiéndole alegar frente a dicha cuantificación dentro del mismo procedimiento sancionador.



Sin embargo, entendemos que dicha pretensión, la de retroacción de actuaciones, es en realidad subsidiaria respecto de la que formula también la recurrente por otro de los motivos que incluye la demanda, y que gravita en torno a la ausencia del elemento subjetivo de la culpabilidad. Motivo este que, de prosperar, haría desaparecer cualquier posibilidad de sancionar a la recurrente, posibilidad que subsiste, por contra, de decidirse la retroacción de actuaciones.

Ello justifica que se aborde ya esta cuestión, que en realidad enlaza con los motivos que se esgrimen frente a la otra resolución recurrida, la de autorización de la operación de concentración.

Y es que, a juicio de CONSENUR, la sociedad llevó a cabo una valoración razonable acerca de la existencia de la obligación de notificar la operación de concentración y llegó a la conclusión, por motivos objetivos y contrastables que expone también en su demanda, de que dicha obligación no existía. Con ello se evidenciaría la falta de culpabilidad -incluso a título de mera negligencia- y, por lo tanto, la ausencia del elemento subjetivo imprescindible para poder imponer la sanción.

CUARTO.- Las críticas a la necesidad de autorizar la operación de concentración se centran en lo que CONSENUR considera una errónea definición del mercado tanto desde el punto de vista del producto como desde el punto de vista geográfico, y sostiene en este sentido que *"... es errónea la tesis de la CNMC respecto de que el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos afectado por la Operación de Concentración tiene (a) un ámbito de producto restringido a las operaciones de tratamiento D9 y D10 del Anexo I de la Ley de Residuos de 2011 y a los residuos con Código LER 18, y (b) un ámbito geográfico limitado al territorio de las Islas Canarias"*

En cuanto al primero, afirma que deben incluirse dentro del mercado no sólo las operaciones de tratamiento D9 y D10, sino también, al menos, las operaciones D15 y R13 de la clasificación contenida en los Anexos I y II de la Ley de Residuos de 2011. Además, habrían de comprenderse en el mercado no sólo los residuos con Código LER 18, sino también, al menos, los residuos con los siguientes Códigos LER: 09, 15 01 10, 16 05 06 y 20 01 31.

Y por lo que se refiere al mercado geográfico, considera que se extiende a todo el territorio nacional.

Como consecuencia de todo ello, denuncia un error en la atribución de cuotas de mercado a las partes que exigiría su recálculo y, partir del mismo, la valoración del porcentaje a los efectos de determinar si se supera o no el umbral del 50% al que se refiere el artículo 8.1 de la LDC.

La decisión de la CNMC sobre la necesidad de someter a autorización la operación de concentración parte de la definición del mercado de producto, que identifica con el tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos, y del mercado geográfico, que limita al de las Islas Canarias.

Parte la CNMC de las previsiones de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (Ley de Residuos), que distingue tres tipos de residuos: domésticos, comerciales e industriales, y tipifica como residuo peligroso aquél que presenta Dirección de Competencia una o varias de una serie de características tales como explosivo, oxidante, inflamable, nocivo, tóxico, irritante, cancerígeno, corrosivo, infeccioso, etc.

A continuación, la norma se remite a la lista establecida en la Decisión 2000/532/CE de la Comisión, de 3 de mayo de 2000, para la determinación de los residuos que han de considerarse como peligrosos y no peligrosos (Lista Europea de Residuos o Lista LER) que contiene 20 capítulos, incluyéndose fundamentalmente en el 18 (Residuos de servicios médicos o veterinarios y/o de investigación asociada) los residuos sanitarios peligrosos.

Así lo asume expresamente la DC en su informe propuesta al declarar que *"... esta Dirección de Competencia considera, a los efectos del presente expediente, que los residuos sanitarios peligrosos son fundamentalmente aquellos incluidos en el capítulo 18"*.

En cuanto a las operaciones de tratamiento y eliminación, que integran la actividad de las entidades afectadas por el expediente de concentración, recuerda la DC que la Ley incorpora, en anexo, una lista no exhaustiva de operaciones de valorización (códigos R-1 a R-13) y de eliminación (códigos D-1 a D-15), operaciones que igualmente define.

De dichas operaciones, y tras las advertencias que hace la propuesta sobre la diversidad y complejidad de tratamientos de eliminación, entiende que las principales son las recogidas en los códigos D-9 (Tratamiento fisicoquímico no especificado en otro apartado que dé como resultado compuestos o mezclas que se eliminen mediante uno de los procedimientos enumerados de D-1 a D-12 -por ejemplo, evaporación, secado, calcinación, etc.-) y D-10 (Incineración en tierra).

A partir de ello, y tras poner de relieve que es esta una cuestión muy importante para el cálculo de las cuotas de mercado *"... en la medida que la multiplicidad de procesos de almacenamiento, valorización, tratamiento y*



eliminación (algunos de ellos no imprescindibles) que puede sufrir un mismo residuo sanitario, puede dar lugar a situaciones de múltiple cómputo a la hora de calcular las cuotas de mercados, especialmente teniendo en cuenta que en muchas ocasiones es un mismo operador el que realiza todos estos procesos", concluye que "... de cara a obtener datos homogéneos y comparables entre sí para el cálculo de cuotas de mercado en el tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos, esta Dirección de Competencia va a tomar como referencia los datos de volumen de residuos sanitarios peligrosos sometidos a los procesos D-9 o D-10, proporcionados por las distintas CC.AA".

Frente a esta conclusión, CONSENUR mantiene, con apoyo en el dictamen pericial aportado, que existen otras operaciones de tratamiento que pueden ser aplicadas a los residuos sanitarios peligrosos además de las operaciones D9 y D10, de acuerdo con diferentes tecnologías asociadas y por la diferente tipología de residuos peligrosos generados. En dicho dictamen se incluyen unas tablas relativas a la asignación de operaciones de tratamiento a los distintos residuos sanitarios peligrosos, con indicación, para cada uno de ellos, de los códigos de la operación de tratamiento a realizar; tablas de las que resulta que dichas operaciones no serían solo las D-9 y D-10, sino otras que refleja, destacando especialmente el almacenamiento en espera (D-15 y R-13).

Destaca al respecto que en ese mismo sentido se han pronunciado en sus respuestas al requerimiento de información realizado por la CNMC con fecha 14 de junio de 2016 los órganos ambientales de las Comunidades Autónomas, que identificaron aquellos operadores autorizados para tratar residuos sanitarios peligrosos, así como los tratamientos que podían aplicar en función de su autorización. El informe pericial incluye una tabla en la cual se indican las operaciones de tratamiento de que son objeto los residuos sanitarios peligrosos en cada una de las Comunidades Autónomas que menciona, tratamientos que comprenden otras operaciones además de la D-9 y D-10, y respecto de las cuales el informe señala que *"... aun estando presentes en la mayoría de las autorizaciones concedidas por las administraciones públicas, no son las únicas aplicables a la gestión de los residuos sanitarios peligrosos, pudiendo asignarse códigos asociados con operaciones de aprovechamiento y/o reutilización".* Y añade que *"Además, las operaciones R13 y D15 están presentes en la mayoría de las autorizaciones, viniendo este hecho también a confirmar que el almacenamiento en espera de un posterior tratamiento debe tratarse como una operación de tratamiento de los residuos sanitarios peligrosos".*

Ha de decirse, sin embargo, que en realidad la propuesta de la DC no contraría las referidas conclusiones, y admite expresamente que los datos remitidos por las Comunidades Autónomas evidencian que la mayoría de ellas incluyen diferentes tratamientos, y no solo los recogidos en los códigos D-9 y D-10.

Pero incorpora un razonamiento que resulta decisivo, a juicio de la Sala, para considerar correcta la definición del mercado de producto que acoge finalmente, razonamiento que incluye en los párrafos 44 y siguientes de la propuesta en los siguientes términos:

"(44) Adicionalmente, a la vista de la información proporcionada por las Comunidades Autónomas, esta Dirección de Competencia entiende que en el presente caso el análisis se debe centrar en los procesos que son imprescindibles para el tratamiento y eliminación de los residuos sanitarios peligrosos, de cara a evitar sus efectos infecciosos.

45) En particular, la capacidad infecciosa de los residuos sanitarios peligrosos es la que hace que justifica la existencia de un mercado diferenciado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos.

(46) En este sentido, la necesidad de desinfectar estos residuos sanitarios peligrosos hace que necesariamente deban ser sometidos al tratamiento D-9 o al tratamiento D-10, que se configuran como procesos imprescindibles (y sustitutivos entre sí) en el tratamiento y eliminación de los residuos sanitarios peligrosos infecciosos.

(47) En particular, desde el punto de vista de la demanda, estos procesos D-9 y D-10 no podrían ser sustituidos con ningún otro proceso de valorización o eliminación de residuos sanitarios peligrosos infecciosos.

(48) Desde el punto de vista de la oferta, un operador que no constase con capacidad propia para aplicar el proceso D-9 o D-10 a los residuos sanitarios peligrosos infecciosos, no podría ofertar con sus propios medios, de forma suficientemente inmediata, servicios completos de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos, dados los costes en tiempo y dinero que conlleva el desarrollo de capacidad propia para aplicar el proceso D-9 o D-10 a los residuos sanitarios peligrosos".

Y justifica además este criterio con el fin de obtener datos homogéneos y comparables entre sí para calcular las cuotas de mercado en el tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos.

Se trata de un criterio objetivo y razonable, además de suficientemente motivado en la resolución, que en realidad no se ha desvirtuado de contrario pues la prueba aportada por la entidad recurrente y, en particular, el informe pericial citado que, como hemos visto, describe las diferentes operaciones de tratamiento y eliminación de residuos aplicadas en las diferentes Comunidades Autónomas, no incorpora ninguna



consideración adicional acerca, por ejemplo, de la posibilidad de sustituir los procesos D-9 y D-10 por otros procesos de valorización o eliminación de residuos sanitarios peligrosos infecciosos, ni tampoco acerca de si un operador que no constase con capacidad propia para aplicar los procesos D-9 o D-10 a los residuos sanitarios peligrosos infecciosos podría ofertar con sus propios medios, de forma suficientemente inmediata, servicios completos de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos.

Por tanto, entiende la Sala que el mercado de producto definido por la CNMC al autorizar la operación de concentración es correcto, sin que la prueba aportada por CONSENUUR obligue a una conclusión distinta.

QUINTO.- Ar gumenta además la recurrente que la decisión de la CNMC parte también de una incorrecta definición del mercado geográfico que, a su juicio, debería extenderse a todo el territorio nacional y no limitarse, tal y como ha entendido la resolución recurrida, al territorio de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias.

En este caso, la motivación de la propuesta de la DC parte del reconocimiento de que existen precedentes que han definido un ámbito geográfico nacional para los mercados de gestión de residuos sanitarios peligrosos y de recogida/transporte de residuos peligrosos.

Pero advierte que tales precedentes no existen en cuanto al mercado de tratamiento y eliminación, y describe a continuación las diferencias que, en razón a las características propias de dicho mercado, deben conducir a una conclusión diferente que limite territorialmente ese mercado geográfico.

Así, y aunque asume que existen algunos factores que apuntan a una dimensión nacional (menciona el hecho de que la Ley de residuos exija autorización administrativa tanto para el ejercicio de la actividad de tratamiento y eliminación como para la instalación, que se concede por la Comunidad Autónoma en la que estén domiciliadas las personas físicas o jurídicas que vayan a realizar la actividad o en la que estén ubicadas las instalaciones, pero que, en ambos casos, se trata de una autorización válida en todo el territorio español por un plazo máximo de ocho años, renovable, y que debe concederse en un plazo máximo de diez meses), incide en las particulares circunstancias de este mercado en las Islas Canarias.

Tras relacionar los motivos que CONSENUUR opuso en la tramitación del procedimiento a favor de la dimensión geográfica nacional de mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos, la propuesta de la DC alude a las razones que aconsejan definir un mercado limitado al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

Destaca en este sentido que la Ley 22/2011 está inspirada en los principios de autosuficiencia y proximidad en el tratamiento y eliminación de los residuos, y que la misma establece un régimen de notificación previa del traslado de residuos para su eliminación o valorización a las Comunidades Autónomas de origen y destino que se podrán oponer, motivadamente, por determinadas circunstancias mencionadas en el Reglamento (CE) 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo al traslado de residuos, así como porque el tratamiento requerido no fuera compatible con los planes de gestión de residuos de la Comunidad de destino.

En ello ve la DC lo que califica como un cierto poder de veto, que ha de ser en todo caso motivado, de las Comunidades Autónomas al tratamiento de residuos procedentes de otras Comunidades.

También pone de relieve los siguientes datos específicos en relación a la Comunidad Autónoma de Canarias:

- Dicha Comunidad Autónoma, al igual que la mayoría, ha aprobado normas para la gestión de los residuos, y algunas, entre ellas Canarias, normas específicas para los residuos sanitarios con diferentes tipologías y nomenclatura. De lo que deduce que, al no estar la legislación armonizada en todas las Comunidades, se "... dificulta el trabajo de los gestores que ejercen su actividad en todo el territorio del Estado".

- La Ley 1/1999, de 29 de enero, de residuos de Canarias, se rige por el principio de proximidad y establece que la autorización de entrada de residuos de otros países de la Unión Europea o de otras Comunidades Autónomas podrá denegarse por varios motivos. Prevé asimismo la formulación de un Plan especial de residuos tóxicos y peligrosos, en el marco del Plan integral de residuos de Canarias.

- La Comunidad Autónoma cuenta con normativa específica en materia de residuos sanitarios (menciona el Decreto 104/2002, de 26 de julio, de ordenación de la gestión de residuos sanitarios).

También menciona que hasta 2013 CONSENUUR no tenía planta de tratamiento en Canarias, por lo que transportaba los residuos sanitarios peligrosos a su planta de Murcia; y que tanto la Ley de residuos vigente, de 28 de julio de 2011, como la anterior (Ley 10/1998, de 21 de abril), instan al establecimiento por parte de la Administración de medidas para financiar los costes adicionales que implica el transporte marítimo a la península, o entre islas, de los residuos generados en Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla, de tal forma que

pretenderían priorizar que el tratamiento y valorización de los residuos se haga en Canarias y, solo en lo no posible, se realice fuera de su territorio.

A tal efecto se remite al dato de que el volumen de residuos sanitarios peligrosos generados en Canarias en 2014 ascendió a 1.500 toneladas, de los que se trataron y eliminaron en Canarias 1.229 toneladas y se transfirieron a la península 122 toneladas, lo que representa el 8% de los residuos generados.

Consideraciones todas que llevan a la DC a identificar el mercado geográfico con el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, que constituiría un ámbito geográfico relevante y diferenciado del resto de España.

Las razones que, por contra, invoca CONSENUR para ampliar dicho ámbito a todo el territorio nacional se refieren, en síntesis, a la existencia de actuaciones precedentes de las autoridades de competencia que avalarían un mercado nacional del tratamiento y eliminación de los residuos, en particular de la Comisión Europea, que nunca habría reconocido un mercado inferior al nacional.

Argumenta además que la normativa actual permite tratar en la Península residuos sanitarios peligrosos producidos en las Islas Canarias, y que económicamente es viable hacerlo, tal y como lo demostraría los estudios de costes aportados por la misma CONSENUR en el expediente y que acompaña a su demanda.

En este sentido, expone que la empresa actora ha tratado residuos sanitarios peligrosos generados en Canarias en sus instalaciones de descontaminación peninsulares -hecho que admite de manera expresa, como hemos visto, la CNMC-, antes de 2013, en que comenzó a operar su planta de descontaminación de Telde (Gran Canaria), y también después.

Y afirma que lo mismo han hecho otros gestores de residuos de esta clase.

A la misma conclusión contribuiría el hecho de que existen operadores que, pese a no disponer de instalaciones de descontaminación en Canarias, se han presentado a licitaciones de contratos convocadas por el Gobierno de Canarias para la prestación del servicio de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos.

Recuerda también que hay evidencia de movimiento de residuos sanitarios peligroso entre Comunidades Autónomas, incluido entre Comunidades Autónomas y la Península; y que el propio Gobierno de Canarias considera que cabe la prestación desde la Península del servicio de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos generados en las Islas Canarias.

Analizadas las alegaciones de ambas partes, y pese a la inexistencia de barreras legales que impidan que los residuos sanitarios peligrosos generados en una Comunidad Autónoma puedan ser objeto de tratamiento y eliminación en otra, es también evidente que la insularidad opera a favor del principio de proximidad, inspirador de esta materia pero que se acentúa más en el caso insular. Dispone en este sentido el artículo 25.1 de la Ley de 29 de enero, de residuos de Canarias, bajo la rúbrica Traslado de residuos, que *"La eliminación de residuos se basará en el principio de proximidad"*. Y añade en su apartado 2 que *"El traslado de residuos desde o hacia países de la Unión Europea, regulados en el Reglamento (CEE) número 259/93, así como el traslado desde o hacia otras Comunidades Autónomas, requerirá autorización previa de la consejería competente en materia de medio ambiente"*.

Pero, sobre todo, la definición correcta del mercado geográfico exige tener en cuenta consideraciones de hecho que son las que determinan la realidad del mercado en cuestión, y para ello resulta esclarecedor el dato proporcionado por la misma Comunidad Autónoma de Canarias según el cual el volumen de residuos sanitarios peligrosos generados en Canarias en 2014 ascendió a 1.500 toneladas, de los que se trataron y eliminaron en Canarias 1.229 toneladas y se transfirieron a la península 122 toneladas, lo que representa el 8% de los residuos generados. Aclarando además que el resto, 149 toneladas, fueron tratadas en Canarias al año siguiente.

Estos datos son sumamente gráficos del alcance geográfico del mercado que, no obstante, su potencial extensión -por no ser contraria a la legislación sobre la materia-, en realidad aparece claramente circunscrito al territorio de las Islas Canarias.

Lo que justifica que, también en cuanto a la definición del mercado geográfico, se considere correcto el criterio seguido por la CNMC.

SEXTO.- Cuanto se acaba de exponer en los fundamentos precedentes sobre la adecuada definición de los mercados de producto y geográfico justifica que se mantenga la legalidad de la resolución de 28 de julio de 2016, adoptada en el expediente C/0761/16 CONSENUR-Activos Cathisa, y por la que se autorizó la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de CONSENUR del control exclusivo de la rama de actividad relativa a la gestión de residuos de la compañía CATHISA MEDIOAMBIENTE, S.L. Y ello por cuanto los argumentos impugnatorios empleados por CONSENUR, que han sido rechazados, versaban sobre la incorrecta



definición de los mercados que habría conducido a la Comisión a atribuirle una cuota de mercado superior a la que le correspondería en realidad, por lo que no tenía la obligación legal de notificar la concentración en los términos del artículo 9.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, (LDC) en relación con el artículo 8.1.a).

Hemos de concluir, por lo tanto, que dicha obligación existía, y la consecuencia de su incumplimiento es la comisión de la infracción prevista en el artículo 62.3.b) de la misma LDC.

Sin embargo, y como anticipábamos, uno de los motivos esgrimidos por CONSENUR frente a la resolución de 14 de marzo de 2017, que puso término al expediente sancionador SNC/DC/074/16 y por la cual se le impuso una sanción de multa de 20.000 euros por la comisión de la referida infracción, es la falta de culpabilidad.

Aduce al respecto que "... no puede atribuirse culpa a Consenur por haber considerado una definición de mercado distinta de la sostenida por la CNMC, que al ser más amplia conduce a atribuir menores cuotas de mercado a las partes de la Operación de Concentración y, consiguientemente, a la conclusión (razonable) de ausencia de obligación de notificación de dicha operación". Afirmación que basa en los argumentos que igualmente incluye en su demanda, relativos todos a la razonabilidad de las consideraciones que había seguido en torno a la definición del mercado de producto y del mercado geográfico, y que le llevaron a concluir que su cuota de mercado era inferior a la prevista en el artículo 8.1.a) de la LDC.

La Sala comparte este criterio pues, al margen de que se haya declarado correcta la definición de mercado seguida por la CNMC, la interpretación mantenida al respecto por CONSENUR no puede ser tachada de irrazonable, y solo ha sido desechada después de un análisis profundo de las circunstancias concurrentes.

Entendemos que ello descarta la existencia de una actuación culpable por su parte, lo que elimina el elemento subjetivo de la infracción y con él su posible responsabilidad, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aplicable *ratione temporae* al presente asunto, y hoy en el artículo 28 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, así como constante doctrina del Tribunal Constitucional reiterada desde la ya clásica sentencia 76/1990, de 26 de abril, en cuyo fundamento de derecho séptimo se señala que "... más allá de la simple negligencia, los hechos no podrán ser sancionados por no existir forma alguna de culpabilidad, y carece de sentido pensar en una objetividad de las infracciones...".

SÉPTIMO.- Procede, con arreglo a lo hasta aquí razonado, la estimación parcial del recurso en el sentido de anular la resolución de 14 de marzo de 2017, que puso término al expediente sancionador SNC/DC/074/16, y de declarar la legalidad de la de 28 de julio de 2016, adoptada en el expediente C/0761/16 CONSENUR-Activos Cathisa, y por la que se autorizó la operación de concentración. Sin que se haga especial imposición de las costas de esta instancia, en aplicación de lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez en nombre y representación de **CONSENUR, S.L.U.**, contra la resolución de 28 de julio de 2016, de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, adoptada en el expediente C/0761/16 CONSENUR-Activos Cathisa, por la que se autoriza la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de CONSENUR del control exclusivo de la rama de actividad relativa a la gestión de residuos de la compañía CATHISA MEDIOAMBIENTE, S.L.; posteriormente ampliado a la resolución de 14 de marzo de 2017, que puso término al expediente sancionador SNC/DC/074/16 Consenur y por la cual se impuso a la recurrente una sanción de multa de 20.000 euros.

2.- Anular esta segunda resolución dictada por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con fecha de 14 de marzo de 2017 en el expediente sancionador SNC/DC/074/16 Consenur y por la cual se impuso a la recurrente una sanción de multa de 20.000 euros, por no resultar ajustada a Derecho.

3.- No hacer especial imposición de las costas de esta instancia.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.