

RESOLUCIÓN (Expediente Sancionador SNC/DC/0074/16 CONSENUR)

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 14 de marzo de 2017

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el marco del Expediente Sancionador SNC/DC/0074/16 CONSENUR, incoado por la Dirección de Competencia contra SRCL CONSENUR, S.L.U. por incumplimiento de la obligación de notificar a la CNMC una concentración económica que supera los umbrales establecidos en el artículo 8.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), con carácter previo a su ejecución.

ANTECEDENTES

1. Con fecha 15 de diciembre de 2015, en virtud de lo dispuesto en los artículos 39.1 y 55.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), la Dirección de Competencia requirió a SRCL CONSENUR, S.L.U. (CONSENUR) determinada información en relación con la posible adquisición del control exclusivo de la rama de actividad relativa a la gestión de residuos de la compañía CATHISA MEDIOAMBIENTE, S.L. (CATHISA), cuya actividad se centra en la Comunidad Autónoma de Canarias.
2. Con fecha 8 de enero de 2016, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) la respuesta al anterior requerimiento de información por parte de CONSENUR. En dicha respuesta, CONSENUR indicó que había adquirido, a través de su filial al 100% ECOLOGÍA y TÉCNICAS SANITARIAS,

S.L.U. (ECOTEC), la rama de actividad anteriormente citada mediante contrato de compraventa de 30 de julio de 2015. Asimismo, CONSENUR aportó datos de volúmenes de negocios y de estimaciones de cuotas de mercado de las partes.

3. Con fecha 18 de enero de 2016, la Dirección de Competencia requirió a CONSENUR información adicional en relación con los mercados de gestión de residuos peligrosos y de tratamiento y eliminación de residuos peligrosos en la Comunidad Autónoma de Canarias. Con fecha 8 de febrero de 2016, tuvo entrada en la CNMC respuesta de CONSENUR en la que aportó datos de actividad en valor y volumen, así como cuotas de mercado de CONSENUR y CATHISA en el mercado de gestión de residuos peligrosos en Canarias.

4. Con fecha 15 de febrero de 2016, la Dirección de Competencia requirió a la Viceconsejería de Medio Ambiente del Gobierno de Canarias determinada información en relación con los residuos generados, tratados y eliminados en el ámbito de la Comunidad Autónoma, así como con las instalaciones autorizadas de tratamiento y eliminación.

5. Con fecha 13 de abril de 2016, tuvo entrada en la CNMC la respuesta al anterior requerimiento de información por parte de la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad. En dicha respuesta, la Consejería señala cuáles son los residuos sanitarios peligrosos considerados en el ámbito de la Comunidad Autónoma, qué tratamientos se aplican, así como las instalaciones existentes y el volumen de residuos generados, tratados y eliminados en cada una de ellas. La Consejería indica, asimismo, que la autorización de actividad potencialmente contaminadora a favor de CATHISA pasa a ECOTEC, por cambio de titularidad de la instalación, mediante Resolución de la Viceconsejería de Medio Ambiente nº 72 de fecha 29 de febrero de 2016.

6. Con los datos aportados en esta respuesta, la Dirección de Competencia verificó que CONSENUR, a través de ECOTEC y CATHISA, trató y eliminó más del 50 %, en términos de volumen, de los residuos sanitarios peligrosos generados en Canarias en el año 2014 y que la operación de concentración se había ejecutado en el año 2015.

7. Con fecha 22 de abril de 2016, la Dirección de Competencia requirió a CONSENUR la notificación de la operación de concentración analizada, por considerar que superaba el umbral establecido en el artículo 8.1.a) de la LDC, en el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos en Canarias y era, por tanto, de notificación obligatoria.

8. Con fecha 6 de junio de 2016, tuvo entrada en la CNMC formulario ordinario de notificación de la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de CONSENUR, a través de su filial al 100% ECOTEC, del control exclusivo de la rama de actividad relativa a la gestión de residuos de la compañía CATHISA, que dio lugar al expediente C/0761/16. En el documento de notificación consta que la adquisición del mencionado negocio se consumó el 1 de agosto de 2015.

9. CONSENUR defendía que esta operación de concentración no era notificable a la CNMC, porque no se superaban los umbrales de notificación del artículo 8.1 de la LDC. CONSENUR estimaba que el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos tiene una dimensión geográfica cuando menos nacional y, en ningún caso, insular.

10. Con fecha 28 de julio de 2016, el Consejo de la CNMC resolvió autorizar en primera fase sin compromisos la precitada operación de concentración, sin perjuicio de que CONSENUR hubiera ejecutado esta operación de concentración con carácter previo a su notificación a la CNMC.

11. A la vista de todo lo anterior y, de conformidad con lo establecido en el artículo 70.2 de la LDC, la Dirección de Competencia acordó, con fecha 22 de septiembre de 2016, la incoación de expediente sancionador contra SRCL CONSENUR, S.L.U. por incumplimiento de la obligación de notificar a la CNMC una concentración económica que supera los umbrales establecidos en el artículo 8.1 de la LDC, con carácter previo a su ejecución. Este acuerdo de incoación dio lugar al inicio del expediente número SNC/DC/0074/16 (folios 1-4).

12. El acuerdo de incoación fue notificado a CONSENUR el 22 de septiembre de 2016 y en él se le requirió que aportase el importe neto de la cifra total de negocios consolidada para el año 2015 (folios 5-10).

13. Con fecha 26 de septiembre de 2016, la Dirección de Competencia acordó deducir testimonio de determinados documentos disponibles en la CNMC en el marco de los expedientes C/0185/09 CONSENUR/ECOTEC y SNC/0005/09 CONSENUR (folios 12-119). El acuerdo fue notificado a CONSENUR en la misma fecha (folios 120-122).

14. Con fecha 3 de octubre de 2016, CONSENUR tuvo acceso al expediente (folio 125).

15. Con fecha 11 de octubre de 2016, se recibió en el registro de la CNMC la información requerida sobre la cifra de negocios del grupo CONSENUR (folios 126-134).

16. Con fecha 21 de noviembre de 2016, se recibió en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de CONSENUR al acuerdo de incoación (folios 135-153).

17. Con fecha 28 de noviembre de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito complementario de alegaciones de CONSENUR (folios 154-247).

18. Con fecha 10 de enero de 2017, la Dirección de Competencia elaboró la Propuesta de Resolución que fue notificada a CONSENUR el día 20 de enero de 2017, a los efectos de que pudiera presentar las alegaciones que estimase convenientes.

19. Con fecha 7 de febrero de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de CONSENUR a la Propuesta de Resolución.

20. Con fecha 8 de febrero de 2017 la DC elevó a esta Sala de Competencia la Propuesta de Resolución del procedimiento en la que se propone sancionar a

CONSENUM por infracción grave conforme a lo previsto en el artículo 62.3.d) de la LDC.

HECHOS ACREDITADOS

1. LAS PARTES

SRCL CONSENUM, S.L.U. (CONSENUM) es una sociedad proveedora de múltiples servicios encaminados a la protección de personas y la reducción de riesgos, entre los que se encuentran la gestión de residuos en España. CONSENUM desarrolla un sistema integral cuya finalidad es la mejora de los procesos de clasificación, recogida, transporte, tratamiento y eliminación de residuos, entre otros, los sanitarios peligrosos. Asimismo, CONSENUM fabrica y comercializa envases especialmente diseñados para el depósito de los residuos.

CONSENUM comenzó su actividad en el año 1988 y desarrolla sus actividades en todo el territorio nacional. CONSENUM forma parte del Grupo STERICYCLE desde el 20 de septiembre de 2011, fecha en la que este grupo adquirió el Grupo CONSENUM a su anterior propietario Urbaser, S.A., controlada por el Grupo ACS¹.

CATHISA MEDIOAMBIENTE, S.L. (CATHISA) es una empresa cuya actividad principal consiste, fundamentalmente, en la gestión de residuos sanitarios peligrosos en la Isla de Tenerife.

2. HECHOS PROBADOS

La compraventa de los activos de la operación de concentración CONSENUM/Activos CATHISA, que dio lugar al expediente C/0671/16, se instrumentó a través de un contrato de compraventa suscrito con fecha 30 de julio de 2015 entre ECOTEC (ECOLOGÍA y TÉCNICAS SANITARIAS, S.L.U., filial 100% de CONSENUM), CATHISA MEDIOAMBIENTE, S.L. (CATHISA) y Andaluza de Tratamientos de Higiene, S.A., socia esta última de CATHISA. El contrato privado se elevó a público mediante escritura formalizada ante notario en Madrid². La adquisición por CONSENUM del control exclusivo de los activos de CATHISA se hizo efectiva el día 1 de agosto de 2015.

Como consecuencia del requerimiento de la DC de 22 de abril de 2016, como se ha señalado *supra*, CONSENUM notificó la operación de concentración el 6 de junio de 2016, a través de formulario ordinario.

¹ Expediente de concentración C/0379/11 STERICYCLE/CONSENUM/SERMED/SANYPICK.

² Dicha escritura se aportó como anexo 1 del formulario ordinario de notificación de fecha 6 de junio de 2016 (folios 65-79).

La operación de concentración consistente en la adquisición por SRCL CONSENUR, S.L.U del control exclusivo de la rama de actividad relativa a la gestión de residuos de la compañía CATHISA fue autorizada en primera fase sin compromisos mediante resolución de 28 de julio de 2016 por el Consejo de la CNMC.

En el informe y Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia en el marco del expediente de concentración C/0761/16 se señala que las condiciones de competencia en Canarias en el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos son sustancialmente distintas a las existentes en el resto de España, por lo que esta Comunidad Autónoma constituye un ámbito geográfico relevante diferenciado del resto del territorio nacional. En dicho mercado, la cuota de la entidad resultante de la concentración se eleva al 79 % en el año 2014, conforme a la información aportada por la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad de Canarias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- OBJETO DEL EXPEDIENTE

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DC en su propuesta de resolución, 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 de la LDC deberán notificarse a la CNMC previamente a su ejecución.

De ser así, esta conducta está tipificada en el artículo 62.3.d) de la LDC como una infracción grave, por lo que el Consejo de la CNMC podría imponer sanción por un valor que no supere el 5% del volumen de negocios de la empresa infractora (art. 63.1 b).

Por un lado, el artículo 7 de la LDC define lo que debe entenderse por una concentración económica y, por otro, el artículo 8.1 b) establece que serán 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.

Alternativamente a este requisito, el mismo artículo 8.1, en su letra a), prevé que las operaciones de concentración que den lugar a una adquisición o un 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 también deberán ser notificadas a la Autoridad de la competencia para su valoración, si bien quedan exentas del procedimiento de control todas aquellas concentraciones económicas en las que, aun alcanzando la mencionada cuota de mercado, el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros. Se exceptúan de esta última exención las operaciones en las que las empresas partícipes tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50% en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

Por su parte, el 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 los Mercados y 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*”.

TERCERO.- SOBRE EL ELEMENTO OBJETIVO DEL TIPO INFRACTOR PREVISTO POR EL ARTÍCULO 62.3 D) DE LA LDC

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 a través de la cual se instrumenta la concentración.

Comenzando por el segundo de los requisitos, esta Sala de Competencia 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/Activos CATHISA fue ejecutada por CONSENUR el 1 de agosto de 2015, y que la misma no fue notificada a la CNMC, a requerimiento de la DC, hasta el 6 de junio de 2016, es decir, diez meses más tarde de su efectiva ejecución.

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 28 de julio de 2016, ha constatado que la obligación de notificación existía, ya que, como señaló la DC en el Informe-Propuesta correspondiente al expediente de concentración C/0761/16, la operación de concentración CONSENUR / Activos CATHISA superaba el umbral del 30% establecido en el artículo 8.1 a) de la LDC.

CONSENUR basa sus alegaciones sobre el carácter no notificable de la operación, en que ésta no superaba el umbral de notificación previsto en el artículo 8 LDC, por lo que no puede considerarse de obligatoria notificación y, consecuentemente, no se cumple el tipo infractor. En particular, alega CONSENUR que el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos tiene una dimensión

geográfica cuando menos nacional, y en ningún caso, insular. Asimismo, CONSENUR realiza una evaluación sobre el mercado de producto que no coincide con la del órgano de instrucción, con diferente interpretación sobre el propio concepto de residuo sanitario peligroso y sobre el tipo de tratamiento de los residuos que debía ser incluido en tal evaluación.

Al respecto considera este Consejo que, a la luz de los precedentes existentes y de la realidad del mercado, la evaluación llevada a cabo por CONSENUR sobre el mercado de producto y el mercado geográfico es manifiestamente incorrecta. A continuación se detallan estos aspectos.

(1) Mercado de producto

En relación con el mercado de producto, CONSENUR considera que, de acuerdo con los precedentes existentes, tanto nacionales como europeos y tanto sancionadores como de control de concentraciones, cualquier operador hubiese concluido la existencia de los siguientes mercados de producto: (i) gestión de residuos sanitarios; (ii) recogida y transporte de residuos peligrosos; y (iii) tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos.

CONSENUR indica que, con base en dichos precedentes, evaluó su obligación de notificar en el mercado más estrecho posible, el de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos.

Este Consejo coincide con CONSENUR en que el mercado de producto relevante es el de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos; sin embargo no puede coincidirse con CONSENUR en su falta de delimitación de dicho mercado de tratamiento y eliminación en función del **tipo de residuo** o del **tipo de tratamiento**.

En relación con el **tipo de residuo**, como bien señala la DC en el informe-propuesta del expediente de concentración CONSENUR/ACTIVOS CATHISA, de acuerdo con los diversos precedentes existentes³, el mercado de residuos sanitarios peligrosos está integrado por el conjunto de los residuos sanitarios peligrosos, ya que el resto de residuos sanitarios u hospitalarios son asimilables a los residuos urbanos no peligrosos.

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

A su vez, la citada Ley de residuos 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). La lista LER clasifica los residuos en 20 capítulos y los

³ Entre otros, C/0379/11 STERICYCLE/CONSENUR/SERMED/SANYPICK, C/0185/09 CONSENUR/ECOTEC, N-03049 FERROSER/CESPA-TRASA.

codifica mediante seis cifras, señalando mediante asterisco cuáles son peligrosos y cuáles no. La Decisión establece que para ubicar un residuo se debe proceder localizando, en primer lugar, la fuente que genera los residuos en los capítulos 1 a 12 o 17 a 20 y buscando el código apropiado de seis cifras. Si no se encuentra, se procede analizando los capítulos 13 a 15 y, en caso de búsqueda infructuosa, el capítulo 16 o finalmente, el 99. Es decir, que la fuente de generación del residuo es el criterio prioritario.

El capítulo 18 de la Lista Europea de Residuos se titula “residuos de servicios médicos o veterinarios o de investigación asociada (salvo los residuos de cocina y de restaurante no procedentes directamente de la prestación de cuidados sanitarios)” y recoge, en principio, los residuos sanitarios. En el subcapítulo 1801, se recogen los residuos procedentes de enfermedades humanas y en el 1802, los procedentes de enfermedades animales.

CONSEUR señala que, al tiempo de la operación de concentración, las autoridades de competencia no habían delimitado el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos en función del tipo de residuo y, por tanto, consideró no solo residuos que se corresponden con los llamados códigos LER 18, sino también otros residuos cuyo origen es un centro hospitalario/sanitario, añadiendo capítulos adicionales (capítulos 6, 14 o 16). CONSEUR indica asimismo que en los precedentes analizados, las autoridades de competencia no utilizaron la lista LER, sino que usaron una clasificación de los residuos sanitarios en grupos que es utilizada por muchas Comunidades Autónomas en su normativa específica, pero dicha clasificación no queda recogida ni en la normativa nacional ni en la europea.

Esta Sala de competencia considera que, pese la práctica anterior de las autoridades de competencia, ello no puede significar de ningún modo que ambas clasificaciones incluyan productos diferentes y den lugar a tamaños de mercado distintos. Además, como bien debería conocer CONSEUR, la normativa sectorial española vigente en el momento en el que se formaliza la operación de concentración CONSEUR/ACTIVOS CATHISA es la Ley 22/2011, la cual precisamente remite a la lista LER elaborada por la Comisión Europea.

Esta Sala coincide con el órgano de instrucción en la conclusión de que los residuos sanitarios peligrosos son aquellos incluidos en el capítulo 18 de la lista LER, y así lo han confirmado las Comunidades Autónomas (y Melilla) en sus respuestas al requerimiento de información de la DC en el marco del expediente C/0761/16, existiendo consenso a ese respecto. No hay unanimidad en las respuestas recibidas sobre el resto de códigos a considerar⁴. Dado que el consenso se produce en los

⁴ Siete Comunidades (Canarias, Baleares, Galicia, Asturias, Murcia, La Rioja y Melilla) citan el código 160506, sin embargo, ocho Comunidades Autónomas (Andalucía, Aragón, Valencia, Navarra, Cantabria, Extremadura, País Vasco y Castilla y León) han manifestado su discrepancia respecto de la consideración de este código; dos (Valencia y Castilla-La Mancha), el código 200131; dos (Andalucía y Murcia), el código 150110; dos (Galicia y La Rioja), los códigos 090101, 090104; una (La Rioja), el código 090106; una (Galicia), los códigos 090102, 090103, 090105. Murcia, por su parte,

códigos del capítulo 18 y, habida cuenta, de la diferencia de criterio respecto del cierto código (el 160506) o de las opiniones minoritarias sobre el resto de códigos, resulta apropiado considerar, como hizo la DC, los residuos del capítulo 18 como residuos sanitarios peligrosos.

Esta nomenclatura se utiliza en las licitaciones públicas, como bien conoce CONSENUR, simultáneamente a la clasificación autonómica de grupos, en caso de que la hubiere⁵.

CONSENUR discrepa sobre este extremo en su escrito de alegaciones, citando diversos párrafos del Informe Propuesta de la DC a la operación de concentración, en los que se pondría de manifiesto la divergencia entre las distintas Comunidades Autónomas sobre los códigos LER a incluir así como sobre los tratamientos (párrafos 37, 41, 49). No obstante lo anterior, CONSENUR, procede en escrito complementario de alegaciones a recalcular su cuota en el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos de Canarias tras la operación de concentración teniendo en cuenta los códigos LER sobre los que existe mayor consenso, siempre conforme a su criterio⁶, concluyendo que, la cuota conjunta de las empresas partícipes en la operación de concentración del [40-50]% del mercado canario se sitúa por debajo de los umbrales de notificación.

Conviene recordar a estos efectos que, como bien señaló la DC en el informe-propuesta del expediente C/0761/16, sobre el resto de códigos a considerar no hubo unanimidad en las respuestas recibidas en el marco de citado expediente. En particular, el capítulo 9 solo fue invocado por tres Comunidades Autónomas, el 150110 por dos Comunidades Autónomas y el 160506 por siete CCAA⁷.

Esta Sala coincide con la DC en que no se puede calificar como de consenso un acuerdo de siete respuestas sobre un total de 18, por lo que los códigos anteriores no pueden ser admitidos. Respecto del código 150101, éste ni siquiera es considerado peligroso en la precitada Decisión 2000/532/CE de la Comisión Europea.

En relación con el **tipo de tratamiento**, la política de gestión de residuos se rige, según la ley, por el principio de la jerarquía de los residuos por el siguiente orden de prioridad: (i) prevención; (ii) preparación para la reutilización; (iii) reciclado; (iv) otro tipo de valorización, incluida la valorización energética; y eliminación.

añade a la lista aportada por la CNMC otros residuos producidos en instalaciones sanitarias tales como varios códigos incluidos en los capítulos 07, 08, 09,13, 14, 15, 16 y 20.

⁵ Sirva como botón de muestra, a este respecto, los pliegos de prescripciones técnicas de la licitación convocada por el Servicio Canario de la Salud que ha sido facilitada por CONSENUR en su escrito complementario de alegaciones (folios 202-238).

⁶ Incluye los códigos del capítulo 18, los del capítulo 9, los códigos 150110, 150111 y 160506 (incluidos en el código 180106).

⁷ Sin embargo, ocho Comunidades Autónomas han manifestado su discrepancia respecto de la consideración de este Código.

La Ley de residuos 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). La valorización es cualquier operación cuyo resultado principal sea que el residuo sirva a una finalidad útil al sustituir a otros materiales o que el residuo sea preparado para cumplir esa función en la instalación o en la economía en general. La eliminación, por su parte, es cualquier operación que no sea la valorización, incluso cuando la operación tenga como consecuencia secundaria el aprovechamiento de sustancias o energía.

La mayoría de las Comunidades Autónomas incluyen en su normativa los tratamientos a utilizar para la eliminación de los residuos sanitarios peligrosos, especificando, algunas, el tratamiento por código LER y diferenciando, otras, entre residuos infecciosos y no infecciosos. Aunque los principales tratamientos de eliminación considerados son los recogidos en los códigos D-9 y D-10, también cuentan con otros tratamientos. Los diferentes códigos señalados son los siguientes:

- D-5: Depósito controlado en lugares especialmente diseñados;
- 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.);
- D-10: Incineración en tierra;
- R-1: Utilización principal como combustible u otro modo de producir energía;
- R-2: Recuperación o regeneración de disolventes;
- R-3: Reciclado o recuperación de sustancias orgánicas que no se utilizan como disolventes (incluidos el compostaje y otros procesos de transformación biológica);
- R-4: Reciclado o recuperación de metales y de compuestos metálicos;
- R-5: Reciclado o recuperación de otras materias inorgánicas

Algunas Comunidades Autónomas remiten la información sobre los gestores autorizados para realizar actividades de tratamiento incluidas en los códigos D-15 (almacenamiento en espera de cualquiera de las operaciones numeradas de D-1 a D-14) y R-13 (almacenamiento de residuos en espera de cualquiera de las operaciones numeradas de R-1 a R-12), si bien cuando definen los tratamientos aplicables para la eliminación de los residuos sanitarios peligrosos, no los citan.

Alguna Comunidad indica que el D-9 es un tratamiento de desinfección previo a la eliminación porque lo que hace es esterilizar, pero todas coinciden en señalar la importancia del D-9 debido a que su objetivo primordial es la eliminación de todo elemento infeccioso del residuo.

CONSEUR señala que, cuando evaluó su obligación de notificar, incluyó el almacenamiento en espera (D15), dentro del concepto de tratamiento junto con

todos los códigos de tratamiento que se dan a los residuos que se tuvieron en cuenta.

No obstante, como precisó la DC en el Informe-Propuesta del expediente de concentración CONSENUR/ACTIVOS CATHISA, en los casos D-15 y R-13 se trata de un almacenamiento en espera, un paso intermedio que, en algún momento, sufrirá un proceso adicional, bien de eliminación, bien de valorización.

No cabe duda 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, ya que es justamente la capacidad infecciosa de los residuos sanitarios peligrosos la que justifica la existencia de un mercado diferenciado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos.

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 en el tratamiento y eliminación de los residuos sanitarios peligrosos infecciosos. Por lo tanto, corresponde 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.

Aunque esta definición de mercado de producto y metodología de cálculo de cuotas de mercado ha sido cuestionada por CONSENUR en su escrito de alegaciones, a juicio de esta Sala de Competencia no debería llevar a conclusiones diferentes en cuanto al tamaño del mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos ni a la posición de las empresas en el mismo, dada la correlación existente entre los códigos LER y los grupos de residuos considerados habitualmente por el sector. En particular, en este análisis lo único que se ha hecho es homogeneizar la nomenclatura al utilizar un sistema de clasificación europeo y único, que es conocido y utilizado por los agentes implicados y favorece el análisis correcto del mercado.

Así, la Ley 22/2011, de residuos (art. 41) obliga a las personas físicas o jurídicas autorizadas a remitir anualmente a las Comunidades Autónomas una memoria resumen en la que se recojan los residuos (por código LER) que han entrado en la instalación, la cuantía, el origen, el tratamiento aplicado (con código) y la salida de residuos, en su caso.

Como se ha anticipado, CONSENUR en su escrito de alegaciones procede a recalcular su cuota en el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos de Canarias tras la operación de concentración, utilizando los datos facilitados por el Gobierno Canario sobre residuos generados y las toneladas adicionales estimadas por CONSENUR de los códigos añadidos, concluyendo CONSENUR que su cuota se elevaría al [40-50]% del mercado canario.

En vista de lo anterior, esta Sala de competencia analizará a continuación los diferentes datos sobre el mercado facilitados por CONSENUR a la CNMC en relación con la concentración CONSENUR/ACTIVOS CATHISA y los comparará

para contrastar en qué medida coinciden con o disienten de las alegaciones de CONSENUR.

CONSENUR ha señalado en su escrito de alegaciones que, al evaluar el carácter notificable de la operación de concentración, consideró *“todos aquellos códigos LER que, de manera razonable, se podían identificar con el concepto de “residuo sanitario peligroso”, incluyendo en ese concepto no solo códigos LER 18 sino también otros códigos”* e incluyó el almacenamiento en espera (D-15) junto con todos los códigos de tratamiento que se dan a los residuos que se tuvieron en cuenta en la evaluación (folios 143-144).

CONSENUR indicó en el formulario de notificación que en el ejercicio 2014 había tratado y eliminado [confidencial] toneladas de residuos sanitarios peligrosos en España (párrafo 78 del informe propuesta del expediente C/0761/16) y que los activos adquiridos habían tratado [confidencial] toneladas (párrafo 80). Es decir, un conjunto de [confidencial] toneladas.

CONSENUR, en respuesta a un requerimiento de información de la DC, remitió información sobre los residuos sanitarios peligrosos tratados y eliminados por código LER y código de tratamiento aplicado por Comunidad Autónoma. De acuerdo con esta información, el volumen de residuos de los códigos LER del capítulo 18 y tratamiento D-9 tratados por CONSENUR se elevó en 2014 a [confidencial] toneladas y los tratados por los activos de CATHISA adquiridos se elevaron a [confidencial] toneladas (párrafo 82 del IP)⁸.

Por otra parte, el volumen de residuos del capítulo 18 sometidos a tratamiento D-15, que CONSENUR ha indicado que incluyó al evaluar la operación de concentración, se elevó en 2014, según la información facilitada por CONSENUR, a [confidencial] toneladas. El volumen de residuos del capítulo 18 sometidos al tipo de tratamiento R-13 se elevó en 2014 a [confidencial] toneladas. Estos datos quedan recogidos en el siguiente cuadro:

⁸ Esta cifra es coherente con la atribuida a CONSENUR por las diferentes Comunidades Autónomas por los mismos conceptos, que, como se observa en el cuadro recogido en el mismo párrafo 82 del IP, se eleva a [confidencial] toneladas.

RESIDUOS SANITARIOS PELIGROSOS DEL CÓDIGO LER 18 TRATADOS Y ELIMINADOS POR CONSENUY Y CATHISA: 2014 (toneladas)					
CCAA	D-9	D-15	D-9 + D-15	R-13	D-9 + D-15 + R-13
Andalucía	■	■	■	■	■
Aragón	■	■	■	■	■
Asturias	■	■	■	■	■
Cantabria	■	■	■	■	■
Castilla La Mancha	■	■	■	■	■
Castilla y León	■	■	■	■	■
Cataluña	■	■	■	■	■
Extremadura	■	■	■	■	■
Galicia	■	■	■	■	■
La Rioja	■	■	■	■	■
Madrid	■	■	■	■	■
Murcia	■	■	■	■	■
Navarra	■	■	■	■	■
País Vasco	■	■	■	■	■
Valencia	■	■	■	■	■
PENÍNSULA	■	■	■	■	■
Baleares	■	■	■	■	■
Canarias CONSENUY	■	■	■	■	■
Canarias CATHISA*	■	■	■	■	■
Ceuta	■	■	■	■	■
Melilla	■	■	■	■	■
TOTAL NACIONAL	■	■	■	■	■

* El dato del tratamiento R-13 incluye también el D-15
Fuente: CONSENUY

De la lectura del cuadro, se desprende que la suma de los residuos tratados por CONSENUY y los activos de CATHISA del capítulo 18 sometidos a tratamiento D-9 + D-15 se elevaría a [confidencial] toneladas, cifra que supera en [confidencial] toneladas al dato suministrado en el formulario de notificación. Si se añade el código de tratamiento R-13, el volumen de residuos sanitarios peligrosos se elevaría [confidencial] toneladas, lo que superaría en más de [confidencial] toneladas el dato reflejado en el formulario de notificación. Y ello sin añadir otros códigos LER, que fueron añadidos por CONSENUY, según ha indicado *supra*.

CONSENUY discrepa con el cálculo elaborado por la DC en el informe-propuesta, en cuanto que considera que el órgano instructor ha trasladado incorrectamente los datos aportados por CONSENUY⁹ a la tabla anteriormente plasmada. Asimismo

⁹ Anexo 2 del escrito de CONSENUY de 30 de junio de 2016.

alega CONSENUR que la DC no solo ha formulado un cálculo incorrecto al computar algunos residuos tratados por duplicado, sino que además ha llevado a cabo un cálculo sobreestimado.

A la vista de las alegaciones de CONSENUR, y del análisis formulado por la DC, se desconoce qué datos incluyó la empresa efectivamente en el formulario de notificación, pero resulta claro, en todo caso, que no incluyó siquiera el mínimo necesario de residuos sanitarios peligrosos comprendidos en el capítulo 18 LER, con los tratamientos D-9, D-15 y R-13 supuestamente considerados por CONSENUR. Si lo hubiera hecho, la cifra atribuible a CONSENUR habría sido superior.

CONSENUR no puede argumentar que esta información la elaboró con posterioridad a la presentación del formulario de notificación, porque es información que la empresa tiene disponible. Cabe señalar que las autorizaciones otorgadas por las Comunidades Autónomas para el tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos recogen exactamente qué códigos LER pueden tratar y qué tratamientos pueden aplicar y que, como se ha indicado, las empresas autorizadas tienen obligación de informar a esas Administraciones públicas de su actividad.

CONSENUR tampoco puede amparar su error en la divergencia de opiniones entre Comunidades Autónomas sobre los códigos LER a considerar, como se ha expuesto *supra*.

En todo caso, en el presente supuesto, incluso si se aceptasen las alegaciones y las estimaciones de CONSENUR sobre los códigos LER a computar dentro del concepto de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos, la cuota de la entidad resultante seguiría estando por encima del 50% en Canarias¹⁰.

A juicio de este Consejo CONSENUR incurre en una incorrección, no excusable, consistente en equiparar el concepto de *residuo generado* con el de *residuo tratado y eliminado*.

¹⁰ Tal como señala la DC en su informe propuesta, de acuerdo con la información facilitada por CONSENUR en su escrito complementario de alegaciones en relación con el nuevo cálculo de su cuota de mercado, el volumen de residuos sanitarios peligrosos tratados por CONSENUR en Canarias se eleva a [confidencial] toneladas (folio 161 y párrafo 82 del informe y propuesta), elevándose el volumen total de residuos tratados en Canarias a [confidencial] toneladas. Dicha cifra es el resultado de añadir al dato de las [confidencial] toneladas de residuos aportado por el Gobierno de Canarias (folios 118; 247), otras [confidencial] toneladas adicionales de residuos sanitarios peligrosos tratados en Canarias de otros códigos LER relevantes de mayor consenso en el resto de comunidades autónomas y que han sido estimadas por CONSENUR (folio 247). De acuerdo con esa información, CONSENUR ha estimado que tiene una cuota de mercado canario del [40-50] %. No obstante, cabe señalar que las [confidencial] toneladas contabilizadas por CONSENUR son residuos sanitarios peligrosos *generados* en Canarias como bien indica el Gobierno de Canarias y no residuos *tratados*. Los residuos *tratados*, de acuerdo con el Gobierno de Canarias, se elevan a [confidencial] toneladas. Si se añadieran a esa cifra las [confidencial] toneladas adicionales estimadas por CONSENUR, obtendríamos un volumen de residuos sanitarios peligrosos tratados en Canarias de [confidencial] toneladas. La cuota de CONSENUR sería, en este caso, del [45-55] %.

En este sentido, en todas sus cifras CONSENUR incluye en el total del mercado el volumen de residuos sanitarios peligrosos *generado* que no ha sido tratado ni eliminado por ningún operador.

No se puede admitir la propuesta de CONSENUR en cuanto al volumen total del mercado a considerar, en la medida en que infravalora claramente el peso de CONSENUR en este mercado, puesto que el residuo no tratado ni eliminado no es objeto de una prestación de servicios en el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos ni es atribuible a ningún operador en este mercado.

CONSENUR identifica el tamaño del mercado, como ya hizo en el formulario de notificación, con el del volumen de residuos generados, que se eleva a [confidencial] toneladas, frente a las 1.229 toneladas tratadas y eliminadas, según datos aportados por el Gobierno de Canarias.

Tal como se señaló por el órgano de instrucción en el Informe-Propuesta sobre la operación de concentración, y frente a lo alegado por CONSENUR en su escrito de alegaciones a la PR, el volumen de residuos a considerar es el de los residuos *tratados y eliminados*, dado que es éste el mercado de producto relevante a tener en cuenta, como se ha razonado anteriormente. Y, dado que éste es el mercado relevante, para estimar una cuota de mercado hay que incluir en el denominador de la división el volumen total de residuos tratados y eliminados y no los generados, que darían lugar a otro mercado. Es indudable que lo deseable sería que ambos mercados coincidieran, porque ello significaría que se está produciendo una gestión adecuada de todos los residuos, pero la realidad es otra muy distinta, a tenor de los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE)¹¹.

De hecho, esa incorrecta metodología explica gran parte de la contradicción entre las cuotas aportadas por la matriz de CONSENUR en el precedente C/0379/11, que señalaba que la cuota de CONSENUR en el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos era del [40-50] % a nivel nacional en el año 2010, frente al [10-20] % en el año 2014 indicado por CONSENUR en el expediente C/0761/16.

En atención a todo lo anterior, este Consejo confirma la conclusión alcanzada en el informe propuesta del expediente C/0761/16 sobre la cuota de mercado de CONSENUR en el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos en el año 2014, que se eleva al 79 %, conforme a los datos aportados por el Gobierno de Canarias.

(2) Mercado geográfico

¹¹ Ver, en este sentido, el párrafo 86 del informe de la Dirección de Competencia sobre el expediente C-0761/16. El INE estimaba que los residuos sanitarios peligrosos generados en 2013 se elevaban a 105.548 toneladas y los gestionados a 3.248 toneladas.

Los diversos precedentes existentes¹² han definido un ámbito geográfico nacional para los mercados de gestión de residuos sanitarios peligrosos y de recogida/transporte de residuos peligrosos. Sin embargo ninguna autoridad de competencia ha definido aún el ámbito geográfico del mercado de tratamiento y eliminación de *residuos sanitarios peligrosos*, a diferencia de lo considerado por CONSENUR. En particular, CONSENUR cita algunos expedientes comunitarios en los que la Comisión Europea consideró una dimensión nacional¹³ e incluso europea¹⁴, no obstante, conviene resaltar que éstos tratan sobre residuos peligrosos y no sobre residuos sanitarios peligrosos.

Con respecto al precedente nacional alegado por CONSENUR (expediente S/0415/12 ABH/ISMA)¹⁵, en el que supuestamente *“el sobre coste logístico no fue suficiente para que el Consejo de la CNMC aceptara formalmente la propuesta del órgano de investigación de definir el mercado afectado (las islas Baleares) como un mercado insular”*, este Consejo considera, en línea con lo establecido por la DC, que CONSENUR realiza una interpretación errónea de tal precedente. La citada Resolución definía el mercado de gestión de residuos sanitarios como un mercado de ámbito nacional, pudiendo también ser considerado de ámbito insular atendiendo a determinados elementos, de manera que no se trata de una definición contraria a la propuesta por el órgano instructor en el presente supuesto, sino precisamente en línea con lo establecido por éste.

Además, como bien señala la DC, no ha sido el sobre coste logístico de los territorios insulares el único elemento considerado para definir un mercado geográfico diferente en Canarias.

En efecto, en su detallada definición del mercado geográfico de ámbito insular, el sobre coste logístico fue un elemento considerado por la DC, pero no el único. Así se consideró también, en primer lugar, la heterogeneidad de la oferta a nivel nacional, ya que únicamente dos operadores tienen presencia en varias Comunidades Autónomas, y en segundo lugar, la normativa nacional y canaria vigente sobre tratamiento y eliminación de residuos. En efecto, la Ley de residuos vigente (la repetida Ley 22/2011) tiene como objetivo priorizar la valoración in situ de los residuos generados en los territorios insulares, esto es, la normativa nacional prioriza que el tratamiento y la valoración de residuos se haga, para este caso, en Canarias. Adicionalmente, conviene señalar que la citada Ley se rige por los principios de autosuficiencia y proximidad en el tratamiento y eliminación de residuos. Por otra parte, cada Comunidad Autónoma tiene su propia norma para la gestión de los residuos, que al no estar armonizada en todas ellas, dificulta el trabajo de los gestores que ejercen su actividad en todo el territorio del Estado. En concreto Canarias ha establecido normas específicas para los residuos sanitarios con diferentes tipologías y nomenclatura de estos residuos.

¹² M.4576 AVR/VAN GANSEWINKEL; IV/M.295 SITA/RPC/SCORI

¹³ COMP/M.2897, SITA SVERIGE ABS/SYDKRAFT ECOPLUS.

¹⁴ M.4576 AVR/VAN GANSEWINKEL

¹⁵ Resolución de la CNC, de 4 de febrero de 2014, en el expediente S/0415/12 ABH/ISMA, página 16.

Resulta conveniente recordar a estos efectos que el Decreto 104/2002, de 26 de julio, de ordenación de la gestión de residuos sanitarios aplicable en Canarias¹⁶ limita el período transcurrido desde la recogida extracentro de los residuos sanitarios hasta su depósito en las instalaciones destinadas a su tratamiento o eliminación en Canarias, que no será superior a 24 horas.

De hecho, la propia CONSENUR defendió, tanto ante la extinta CNC como ante la Audiencia Nacional en el marco del expediente sancionador SNC/0005/09 CONSENUR y del expediente C/0185/09 CONSENUR/ECOTEC¹⁷, que los diferentes modelos logísticos y las diferencias en los niveles de precios en la Península y las islas, en un contexto en el que no existían plantas de tratamiento en las islas, justificaban un mercado de recogida y transporte de residuos peligrosos separado para Canarias. La Audiencia Nacional, sin embargo, no entró a valorar dicha definición de mercado geográfico, a diferencia de lo que hizo en relación con la definición del mercado de producto recurrida por CONSENUR.

CONSENUR defiende ahora en sus alegaciones que el ámbito geográfico del mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos debe considerarse nacional por los siguientes motivos: existe un importante tráfico de residuos entre Comunidades Autónomas; una parte significativa de los residuos sanitarios peligrosos generados en Canarias se trata y elimina en otras regiones; la Ley 22/2011 establece un régimen de autorización único para el tratamiento de los residuos en cualquier parte del territorio nacional; algunos residuos deben ser tratados en la Península porque en Canarias no existen instalaciones para determinados tratamientos; el Gobierno de Canarias entiende que el mercado es nacional pues considera, en un recurso contra un pliego de cláusulas administrativas en relación con un contrato del Servicio Canario de la Salud, que es factible tratar el residuo recogido en Canarias tanto en el propio territorio canario como en la Península.

CONSENUR insiste en que el propio Gobierno de Canarias¹⁸ ha admitido la posibilidad de que los residuos sean tratados y eliminados en territorio canario o en la Península.

En relación al plazo límite de 24 horas indicado por la normativa canaria, CONSENUR sostiene que dicho plazo se entiende cumplido si la empresa deposita el residuo en una planta de almacenamiento en espera, dado que, conforme a la Ley 22/2011 “tratamiento” es definido como “las operaciones de valorización o eliminación”, incluida la preparación anterior a la valoración o eliminación, es decir, el almacenamiento en espera (D15). Es decir que, si la empresa recoge el residuo y lo almacena en espera para que, con posterioridad, se le apliquen otros tratamiento

¹⁶ Artículo 12.4 del Real Decreto 104/2002.

¹⁷ Folios 54-56; 90-92, respectivamente.

¹⁸ Opinión expresada por el Gobierno de Canarias en el marco del recurso número 91-2016-SERV-DGRESCS GOB CAN tramitado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias contra un pliego de cláusulas administrativas (expediente 23/S/16/SS/DG/A/RS27). Dicha resolución es accesible en: http://www.gobiernodecanarias.org/cmsgobcan/export/sites/hacienda/tacp/TACP_2016/RES-136-2016-REMC-91-2016.pdf.

al residuo, el plazo de 24 horas se entiende cumplido. Para probar dicho extremo, CONSENUR aporta como Documento Anexo Número 2 una autorización de la que dispone CONSENUR en la que se establece que los residuos peligrosos podrán estar almacenados como máximo seis meses.

CONSENUR añade en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución como hecho nuevo adicional que, según la información pública disponible, dos empresas con plantas de eliminación en la Península han presentado una oferta a un concurso convocado por el Gobierno de Canarias¹⁹.

No obstante, esta Sala de Competencia considera que, si bien existe un régimen de autorización único para el tratamiento de residuos en cualquier parte del territorio nacional, no son aceptables las alegaciones relativas al tráfico de residuos sanitarios peligrosos entre Comunidades Autónomas y a la imposibilidad de tratar ciertos residuos en las instalaciones de Canarias, en cuanto que ha quedado suficientemente acreditado de la información aportada por el Gobierno de Canarias²⁰ que desde la apertura de la planta de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos en Canarias, únicamente fueron transferidos a la Península un 8% de los residuos sanitarios peligrosos generados en Canarias en el año 2014.

De igual forma, no es posible compartir el argumento esgrimido por CONSENUR acerca de la viabilidad económica del tratamiento en plantas de la Península de residuos generados en Canarias, ya que, si bien este Consejo no cuestiona tal viabilidad económica, sin perjuicio de que esto obliga a las plantas de la Península a obtener unas economías de escala muy significativas que compensen los mayores costes de transporte que tendrían que afrontar frente a las plantas en Canarias, este hecho no resulta suficiente para definir un mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos de dimensión nacional, especialmente teniendo en cuenta la realidad del mercado en el año 2015.

CONSENUR no ha desvirtuado en sus alegaciones la conclusión a la que llegó el Consejo de la CNMC en el expediente C/0761/16, y por tanto, esta Sala de competencia entiende que existen elementos que obligan a concluir que las condiciones de competencia en el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos de Canarias en el año 2015 eran sustancialmente distintas a las existentes en el resto de España, lo que justifica la existencia de un mercado relevante canario diferenciado del resto de España a los efectos de la concentración CONSENUR/ACTIVOS CATHISA.

En atención a todo lo anterior, este Consejo coincide con la conclusión alcanzada en el informe propuesta del expediente C/0761/16 sobre la cuota de mercado de CONSENUR en el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos en Canarias en el año 2014, que se eleva al 79 %, conforme a los datos aportados por el Gobierno de Canarias, haciendo de obligada notificación, en consecuencia, la operación de concentración.

¹⁹ Expediente 23/S/16/SS/DG/A/RS27.

²⁰ Folios 116 a 119.

Por tanto, los hechos tipificados como infracción administrativa grave por el artículo 62.3 d) de la LDC concurren en el presente caso, por lo que la conducta ilícita existe, sin perjuicio del carácter con el que ha intervenido en dicha conducta la empresa incoada, cuestión ésta que se examinará a continuación.

CUARTO.- Sobre el elemento subjetivo del tipo: carácter doloso o negligente de la conducta

En relación al elemento subjetivo del tipo, la culpabilidad, las autoridades españolas de competencia han asumido²¹ que *“la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, viene afirmando que los principios del Derecho Penal son de aplicación con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador”*.

Asimismo, han asumido, tal como señala la propia CONSENUR, que *“la conducta debe ser reprochable, al menos, a título de negligencia, lo que excluye que necesariamente deba concurrir como elemento subjetivo de lo injusto el dolo (en cualquiera de sus grados); sino que basta con que se presencie la falta de una debida y básica diligencia. (STS 20-12-96)”*.

En este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso de, al menos, un principio de culpa (vid., por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre de 1991), aun a título de simple inobservancia (artículo 130.1 de la Ley 30/1992 y artículo 28.1 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

En tal sentido, CONSENUR alega que no ha existido por su parte voluntad de infringir la prohibición, que efectuó la autoevaluación de forma diligente, y decidió no notificar la operación de concentración basándose en una interpretación razonable de los precedentes y de la legislación aplicable, así como de la realidad económica.

Teniendo en cuenta lo anterior, a la hora de analizar si la conducta acreditada es reprochable a CONSENUR, al menos a título de negligencia, existen una serie de circunstancias que, a juicio de esta Sala, son manifiestamente reveladoras de dicha responsabilidad al menos a título de culpa. Tales son las siguientes:

(1) En primer lugar, este Consejo considera que CONSENUR erró, de forma inexcusable, en la información facilitada en el formulario de notificación sobre el volumen de residuos tratados y eliminados, así como en la cuantificación del mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos. Ello le permitió estimar una cuota de mercado inferior a la que realmente tiene en dicho mercado, tanto a nivel nacional como en el ámbito de Canarias.

Como se ha señalado anteriormente, la información aportada por CONSENUR en el formulario de notificación no coincide con los datos aportados por la entidad en

²¹ Como ejemplos más recientes se pueden citar las resoluciones recaídas en los casos SNC/0006/10 BERGÉ/MARITIMA CANDINA, SNC/0015/11 GESTAMP/ESSA BONMOR y SNC/0022/12 VERIFONE/HYPERCOME.

respuesta al correspondiente requerimiento de información de la Dirección de Competencia.

Estos errores se reflejan asimismo en la variabilidad de las cuotas de mercado facilitadas por CONSEUR a la CNMC en relación con la concentración CONSEUR/ACTIVOS CATHISA.

Así, en su escrito de 8 de enero de 2016, CONSEUR se atribuyó una cuota en el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos del [10-20] % en España y del [0-10] % en Canarias en el ejercicio 2014. Las cuotas correspondientes de los activos adquiridos de CATHISA se elevaban al [0-10] % y [0-10] %, respectivamente.

Posteriormente, en su escrito de 8 de febrero de 2016, en respuesta a requerimiento de información de la DC, CONSEUR procedió a rectificar tanto sus cuotas como las de los activos adquiridos en ambos ámbitos geográficos en el año 2014, elevándolas al [10-20]% (CONSEUR - España), [10-20] % (CONSEUR – Canarias), [0-10] % (CATHISA – España) y [10-20] % (CATHISA – Canarias).

En el formulario ordinario de notificación remitido a la CNMC el 6 de junio de 2016, sin embargo, CONSEUR se atribuyó una cuota en el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos en 2014 del [10-20] % en España y del [10-20] % en Canarias. Las cuotas aportadas de los activos adquiridos de CATHISA para el mismo ejercicio se elevaban al [0-10] % en España y [10-20] % en Canarias²².

Finalmente, en las alegaciones de CONSEUR al acuerdo de incoación del presente expediente estas cuotas se vuelven a modificar. Así, CONSEUR, a la vista de las respuestas de las Comunidades Autónomas al requerimiento de información realizado por la DC en el marco del expediente C/0761/16, considera que la cuota conjunta con los activos de CATHISA en el mercado canario se elevaría al [40-50] %²³ (frente al [20-30] % reseñado en el formulario de notificación).

Una actuación diligente por parte de CONSEUR a la hora de calcular las cuotas de mercado, consistente con su conducta previa y acorde con la realidad del mercado, le habría permitido concluir que la cuota de mercado de la entidad resultante de la concentración en el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos en Canarias era superior al 50%, o por lo menos, se le hubieran planteado dudas sustanciales sobre su notificación.

Por tanto, una evaluación diligente, le habría llevado a hacer uso de la consulta previa, instrumento legal recogido en el artículo 55.2 de la LDC. Asimismo, el artículo 56.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, establece una vía alternativa, la prenotificación, que

²² Vid. párrafos 78 y 80 del Informe-Propuesta de la DC del expediente C/0761/16, donde se reflejan los datos aportados por CONSEUR.

²³ Para hallar esta cuota, CONSEUR solo incluye el tratamiento D-9, en línea con lo realizado por el Gobierno de Canarias, lo que implícitamente podría indicar que CONSEUR reconoce los problemas de doble cómputo que genera incluir los tratamientos D-15 y R-13.

también habría permitido en última instancia verificar la obligatoriedad de notificación de la operación de concentración.

CONSENUM, sin embargo, lejos de utilizar cualquiera de los instrumentos anteriores, optó por ejecutar la operación de concentración antes de haber sido notificada a la CNMC.

(2) En segundo lugar, CONSENUM es una empresa que ha sido parte en diversos expedientes en la autoridad de competencia nacional (CNMC y extinta Comisión Nacional de la Competencia) en los últimos nueve años, tanto en procedimiento sancionador como de control de concentraciones, que le hacen conocedora de la normativa de competencia y de las consecuencias de su incumplimiento.

En particular, en relación con el procedimiento de control de concentraciones, CONSENUM ha sido parte en el mismo en dos ocasiones.

La primera ocasión tuvo lugar en relación con la adquisición por CONSENUM del control exclusivo de la empresa Ecología y Técnicas Sanitarias, S.L. (ECOTEC), que fue notificada a raíz del requerimiento de oficio que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.5 de la LDC, le fue dirigido a CONSENUM por la extinta Dirección de Investigación en el marco de unas actuaciones preliminares, dando lugar al expediente C/0185/09 CONSENUM/ECOTEC. Mediante Resolución del Consejo de la extinta CNC de 10 de marzo de 2010, la operación de concentración fue autorizada en primera fase.

En ese expediente, como en el actual, CONSENUM consideró que la operación de concentración no era notificable porque no cumplía el umbral de cuota de mercado establecido en la LDC con base en unas determinadas definiciones de mercado de producto y geográfico. Sin embargo, la extinta CNC discrepaba con CONSENUM sobre la definición de los mercados, siendo notificable, a su juicio, la operación.

Como consecuencia de lo anterior, la CNC requirió la notificación de la operación e incoó el correspondiente expediente sancionador (SNC/0005/09 CONSENUM). Mediante Resolución de la CNC de 9 de abril de 2010, se declaró la infracción de los artículos 9.1 y 62.3.d) de la LDC, de la que se consideró responsable a CONSENUM.

CONSENUM recurrió tanto la Resolución de 10 de marzo de 2010 como la de 9 de abril de 2010 y, en ambos casos, la Audiencia Nacional²⁴ falló a su favor aceptando la definición de mercado de producto considerada por CONSENUM. Recurrída en casación por la Administración General del Estado la sentencia de la Audiencia en el caso de la operación de concentración, el Tribunal Supremo²⁵ consideró que no había lugar, confirmando, en consecuencia, el criterio de CONSENUM sobre la definición de mercado de producto.

²⁴ SAN de 19 de septiembre de 2012, recurso 0304/2010; SAN de 6 de junio de 2012, recurso 0363/2010.

²⁵ STS de 25 de mayo de 2015, recurso 3974/2012.

La segunda operación de concentración, en la que CONSEUR tomó parte, consistió en la adquisición por el Grupo Stericycle del control exclusivo de CONSEUR y otras empresas, operación que dio origen al expediente C/0379/11 STERICYCLE/CONSEUR/SERMED/SANYPICK y que fue autorizada en primera fase por el Consejo de la extinta CNC con fecha 14 de septiembre de 2011.

Cabe resaltar en este asunto que la operación fue objeto de prenotificación por parte de STERICYCLE, actual matriz de CONSEUR, haciendo uso la adquirente del instrumento legal que el artículo 56.2 del RDC pone a disposición de los sujetos obligados a la notificación de las operaciones de concentración. Aunque la notificante no era, en ese caso, CONSEUR, presumiblemente tuvo conocimiento del procedimiento en que se encontraba inmersa, pues debió suministrar información sobre los mercados afectados en España a la adquirente, que no operaba en los mismos. En este expediente, la notificante señalaba que la cuota de CONSEUR en el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos era del [40-50] % a nivel nacional en el año 2010, frente al [10-20]% en el año 2014 indicado por CONSEUR en la notificación del expediente C/0761/16²⁶.

En relación con los precedentes nacionales, la definición del mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos no ha sido cerrada en ninguno de los casos ni tampoco ha habido pronunciamiento alguno por parte de los órganos jurisdiccionales (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) que han tenido ocasión de revisar las diferentes definiciones de mercado contenidas en los informes de la autoridad de competencia objeto de recurso ante los mismos.

Tanto la autoridad de competencia como los órganos jurisdiccionales sí se han pronunciado, en el mismo sentido, sobre la existencia de diferentes mercados de producto en relación con las diferentes fases de la cadena de valor por la que pasa un residuo sanitario peligroso desde su generación hasta su eliminación.

Sin embargo, como se indicó anteriormente, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo han disentido del criterio de la autoridad de competencia, dando la razón a CONSEUR, en relación con la definición de mercado de producto de recogida y transporte de residuos peligrosos. Así, la extinta CNC había considerado un mercado específico de recogida y transporte de residuos sanitarios peligrosos. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales consideraron que *“la diferenciación del mercado de gestión de productos peligrosos por un lado y el de gestión de productos sanitarios peligrosos por otro, solo opera si los contemplamos en el conjunto de todas sus actividades, es decir, si se incluyen los servicios de recogida, transporte, tratamiento y eliminación; pero la conclusión es distinta si el examen se circunscribe a las actividades de recogida y transporte de residuos (...)”*²⁷. Dado que en aquel momento la empresa adquirida solo operaba en el mercado de recogida y

²⁶ En los párrafos 84-89 del informe de la Dirección de Competencia se señala la valoración sobre la justificación de CONSEUR de esta diferencia.

²⁷ STS de 25 de mayo de 2015, recurso 3974/2012.

transporte, se consideró que el mercado de producto era el de la gestión de residuos peligrosos.

A la vista de las controversias suscitadas en los expedientes anteriormente citados, este Consejo considera que una actuación realmente diligente de CONSENUR le habría llevado a consultar a la CNMC la notificabilidad de la operación de concentración, máxime teniendo en cuenta que el expediente de concentración del que trae causa este expediente sancionador versa sobre un ámbito geográfico para un mercado de producto (el mercado de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos) que no había sido definido en dichos expedientes.

En sus alegaciones a la PR de la DC, CONSENUR señala que resulta contrario a toda la lógica y al principio de seguridad jurídica que se obligue a un operador a notificar *ad cautelam* o a consultar la notificabilidad de la operación por sí, por algún casual y de manera preventiva, la Administración quisiese cambiar el sentido de sus precedentes públicos.

No obstante, este Sala no comparte tal argumentación. Efectivamente, la jurisprudencia contenciosa ha señalado (sentencia de la AN, firme, de 28 de septiembre de 2012 en relación al Expte. SNC/006/10/ BERGE/MARITIMA CANDINA) que *“no puede pretender la CNC apreciar indicios de culpabilidad en [...] por no haber hecho uso del mecanismo de consulta previa regulado en el artículo 55.2 LDC y el artículo 59 del Reglamento 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de defensa de la competencia. Es un procedimiento que las empresas pueden utilizar voluntariamente cuando tienen dudas sobre si una determinada operación debe ser notificada con carácter previo a su ejecución. No es obligatorio y su no utilización no puede ser interpretada como una negligencia o de otra forma cambiar la carga probatoria en un procedimiento sancionador. Lo mismo sucede en el ámbito tributario en el que se pueden formular consultas a la Administración conforme al artículo 88 de la Ley 58/2003 sin que la falta de consulta pueda interpretarse como una negligencia que determine la imposición de una sanción.”*

No obstante, lo relevante es considerar si, en la situación concreta de la operación objeto de este expediente, y respecto de CONSENUR, resultaba negligente que ésta no se planteara dudas sobre la notificabilidad de la operación. Efectivamente, la Audiencia Nacional ha precisado (sentencia, firme, de 18 de septiembre de 2013, en relación con el Expte. SNC 0017/11, ISOLUX CORSAN) que *“Debe señalarse que tal y como se indica en la resolución impugnada la LDC pone a disposición de los interesados instrumentos para evitar situaciones como la presente y así la consulta previa prevista por el artículo 59 del Reglamento de Defensa de la Competencia , aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, permite verificar la notificabilidad de la operación de concentración, y también el momento en que debe notificarse, siempre antes de su ejecución. El hecho de que a una empresa con los conocimientos técnicos y medios materiales y humanos del GRUPO ISOLUX, no le llegase a surgir la más mínima duda sobre el momento de notificación 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, pueden quedar sometidas a autorización de la CNC.”

Esta Sala de Competencia coincide con la DC en la apreciación de que CONSENUR no actuó con la diligencia debida, exigible tanto por las circunstancias objetivas de la operación como por los conocimientos e información disponibles para CONSENUR, en lo relativo a la valoración de los elementos previstos en los artículos 8.1 a) y 9 de la LDC y la correspondiente obligación de notificación de la operación controvertida.

(3) En tercer lugar, este Consejo considera, con base en jurisprudencia de la Audiencia Nacional, que, en ausencia de la debida diligencia, como ha quedado acreditado, la responsabilidad de la infracción existe tanto en el caso de que exista una acción con intención demostrada de infringir una norma como cuando, por omisión, no se observa el grado de diligencia necesario.

Así lo ha señalado la Audiencia al establecer que *“tanto en el ámbito del Derecho Penal como del Derecho Administrativo Sancionador es posible la exigencia de responsabilidad tanto por acciones como por omisiones, por la actividad o inactividad del sujeto, en este último caso, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva. Este es el caso de autos, en el que la sociedad recurrente no efectuó la notificación al SDC de una operación de compra (...), a pesar de que las normas de defensa de la competencia le obligaban a ello.*

El elemento subjetivo de la infracción está presente - al menos en su forma más leve de culpa o negligencia - en la falta de atención y cuidado de la sociedad actora, que bien pudo consultar al SDC sobre los extremos de la operación que proyectaba, a fin de determinar si se encontraba sometida a los controles de las concentraciones”²⁸.

La doctrina reseñada es perfectamente aplicable al presente expediente sancionador, pues en el caso origen de la sentencia, como en éste, la empresa adquirente no había procedido a notificar la correspondiente operación de concentración por considerar que su cuota de mercado en un mercado geográfico definido no alcanzaba el umbral establecido en la LDC.

A la vista de lo anterior, este Consejo considera que ha quedado acreditado que CONSENUR incurrió, como mínimo, en negligencia al ejecutar la operación de concentración CONSENUR/ACTIVOS CATHISA sin haberla notificado previamente a la CNMC y es, por tanto, responsable de tal actuación.

Asimismo, resulta relevante señalar, finalmente, que, como se recoge en el anexo 4.5 del formulario de notificación en el expediente C/0761/16, en los últimos tres años, CONSENUR ha continuado realizando adquisiciones de empresas en el sector sobre las que no ha realizado ningún tipo de actuación ante la CNMC, dando por

²⁸ SAN de 16 de febrero de 2006, recurso 564/2003, fundamento de derecho sexto.

hecho que no superaban los umbrales de notificación de la LDC, pero incrementando, indudablemente, su cuota en el mercado.

QUINTO.- Determinación de la sanción

Resuelta la existencia de una infracción de la LDC por incumplimiento del artículo 9 de la misma y establecida la responsabilidad de la parte obligada a la notificación, al responsable de dicho incumplimiento le corresponde una sanción sobre la base del artículo 63 de la LDC.

Conforme al artículo 63.1.b) de la LDC en el caso de infracciones graves, la sanción a imponer será un multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

CONSEUR sostiene que la imposición de una sanción superior al 0,05% de su volumen de negocios no estaría justificada, en base a que la CNMC en un caso similar²⁹ impuso a GRIFOLS una sanción del 0,05% del volumen de su facturación total. CONSEUR defiende que existen cuatro consideraciones que justificarían la fijación de un porcentaje sancionador incluso más bajo en el presente expediente.

CONSEUR pone de manifiesto que la autorización de la operación de concentración en primera fase y sin compromisos debe ser tomada como circunstancia favorable que redunde en la falta de gravedad de la infracción. Asimismo señala CONSEUR que en el caso GRIFOLS, la operación estuvo un mayor tiempo sin ser notificada, por lo que, en virtud del principio de proporcionalidad, se le debería imponer una cuota de sanción, como máximo, del 0.035% de su facturación total.

Los criterios para la determinación del importe de las multas por las infracciones tipificadas en la LDC se recogen en el artículo 64 de la misma ley. En particular, teniendo presente el principio de proporcionalidad, esta Sala coincide con la DC en considerar que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el importe de la sanción las siguientes cuestiones:

Respecto de la dimensión y características del mercado afectado y cuota de la empresa, la operación de concentración supuso la concentración de los dos principales operadores de Canarias en el mercado canario de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos, con una cuota de mercado conjunta del 79 % en el año 2014.

Se trata, sin embargo, de dos operadores que desarrollan su actividad en dos islas y provincias diferentes y que, a la luz de la normativa vigente, compiten escasamente entre sí.

²⁹ Resolución, de 16 de octubre de 2015, en el expediente SNC/DC/0037/15, GRIFOLS

Asimismo, como recoge el informe de la Dirección de Competencia en el expediente C/0761/16, el volumen de negocios del mercado canario de tratamiento y eliminación de residuos sanitarios peligrosos es relativamente reducido.

En relación al alcance, duración, efectos y beneficios ilícitos obtenidos de la infracción, el periodo que transcurre entre la ejecución de la operación CONSENUR/ACTIVOS CATHISA y su autorización es ligeramente superior a los diez meses.

Se ha tenido en cuenta para graduar el importe de la multa los efectos sobre la competencia de la conducta ilícita, así como el beneficio ilícito o extraordinario para la notificante derivada del retraso de la notificación.

Para fijar el importe de la multa cabe considerar el volumen de negocios del negocio adquirido, en la fecha de la concentración, que consta que era de [<60] millones de euros³⁰. Por otro lado, este Consejo toma en consideración el peso en cuota de mercado y volumen de negocios en el mercado relevante de la empresa adquirente, el carácter negligente de la conducta, que la situación de irregularidad se mantuvo durante un periodo de diez meses y que se trata de una operación de concentración autorizada en primera fase por la Resolución de este Consejo de 28 de julio de 2016, en la que no se aprecian amenazas para la competencia ni perjuicios concretos a los consumidores ni a otros operadores del mercado.

En definitiva, el Consejo valora que el hecho por el que se sanciona en este expediente es el incumplimiento del artículo 9 de la LDC, por lo que atendiendo a la naturaleza de la infracción, esto es, que se trata de una infracción al procedimiento, considera proporcionado imponer una sanción de 20.000 euros, importe que supone un 0,037 % del volumen de negocios de CONSENUR en 2015.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que la ejecución de la adquisición por SRCL CONSENUR, S.L.U. (CONSENUR) 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

³⁰ Folio 762 del expte C/0761/16 CONSENUR / Activos CATHISA.

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 CONSENUR, S.L.U. (CONSENUR).

SEGUNDO.- Imponer a SRCL CONSENUR 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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a SRCL CONSENUR S.L.U., 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.