

RESOLUCIÓN (Expte. SNC/0006/10, BERGÉ/MARÍTIMA CANDINA)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 29 de julio de 2010.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, y siendo Ponente la Consejera D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador SNC-0006/10, BERGÉ/MARÍTIMA CANDINA, iniciado de oficio por la Dirección de Investigación, con fecha de 16 de febrero de 2010, contra BERGÉ, por infracción de los artículos 9.1 y 62.3.d) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 19 de febrero de 2008, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), la Dirección de Investigación requirió a Bergé y Cía. S.A. (BERGÉ), determinada información en relación con la posible adquisición del control exclusivo de la sociedad Marítima Candina, S.L (CANDINA).
2. Con fecha 7 de marzo de 2008 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) la respuesta al anterior requerimiento de información por parte de BERGÉ.
3. Con fecha 4 de julio de 2008, la Dirección de Investigación comunicó a BERGÉ el cierre cautelar de la actuación preliminar ACP/0002/08, dado que a la vista de la información disponible en ese momento, y tras un análisis preliminar de la misma, no existían elementos suficientes para acreditar que la adquisición por BERGÉ del control exclusivo de CANDINA constituía una concentración económica de notificación obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la LDC.
4. Con fecha 9 de junio de 2009 tuvo entrada en la CNC una denuncia de BUSINESS INTELLIGENCE NET, S.L contra BERGÉ por la adquisición del control exclusivo de CANDINA sin contar con la preceptiva autorización de las autoridades de competencia.

5. A la vista de la denuncia interpuesta, la Dirección de Investigación reabrió la actuación preliminar ACP/0002/08 con el objeto de analizar si existían nuevos elementos de juicio que pudieran indicar que la adquisición por BERGÉ del control exclusivo de CANDINA constituía o no una operación de concentración de notificación obligatoria conforme al artículo 9 de la LDC. Tras su reapertura, en el curso de la actuación preliminar, la Dirección de Investigación realizó a lo largo de 2009 y 2010 diversos requerimientos de información a BERGÉ.
6. Con fecha 29 de diciembre de 2009 tuvo entrada en la CNC recurso interpuesto por BERGÉ ante el Consejo de la CNC, contra el acto de requerimiento de información de la Dirección de Investigación de fecha 10 de diciembre de 2009 y de reapertura de las actuaciones preliminares, recurso que fue desestimado por extemporáneo mediante Resolución de fecha 2 de febrero de 2010.
7. Con fecha 26 de enero de 2010, tras un análisis preliminar de toda la información recabada, la Dirección de Investigación en aplicación del artículo 9.5 de la LDC, y en virtud de las competencias que le atribuye el artículo 35.2 f) de la LDC, requirió de oficio a BERGÉ para que en el plazo de 20 días, a contar desde la recepción del requerimiento, notificase ante la CNC la operación de concentración económica.
8. Contra dicho requerimiento, BERGÉ formuló nuevo recurso, el cual fue inadmitido a trámite por el Consejo de la CNC, mediante resolución de 3 de marzo de 2010, al considerar que el requerimiento de notificación obligatoria de la operación de concentración BERGÉ/MARÍTIMACANDIDA no produce indefensión ni causa perjuicio irreparable, por lo que no se dan los supuestos establecidos en el artículo 47 de la LDC.
9. Con fecha 16 de febrero de 2010, la Directora de Investigación acordó incoar expediente sancionador contra BERGÉ, por una infracción de los artículos 9.1 y 62.3 d) de la LDC.
10. Con fecha 17 de febrero de 2010, en cumplimiento del artículo 13.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto se notificó a BERGÉ, la Resolución de la Dirección de Investigación de incoación de expediente sancionador, emplazándole para que en un plazo de 15 días pudiera presentar cuantas alegaciones, documentos e informaciones estimase convenientes.
11. Con fecha 2 de marzo de 2010 tuvo entrada en la CNC formulario de notificación de la operación de concentración. Esta operación fue autorizada en primera fase sin compromisos mediante Resolución del Consejo de fecha 26 de mayo de 2010, en la que se consideró que la operación de concentración era notificable por superar el umbral del artículo 8.1. a) de la LDC.
12. Con fecha 15 de marzo de 2010 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones de BERGÉ en relación con el mencionado acuerdo de incoación.
13. El 16 de junio de 2010, la Dirección de Investigación emitió Informe-Propuesta en el procedimiento sancionador SNC/0006/10, en el que se proponía:
“Primero: Que por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia declare que, la adquisición por Bergé y Cía, S.A. del control exclusivo de Marítima Candina, S.L. el 18 de febrero de 2008, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de la

Competencia, supone una infracción de los artículos 9.1 y 62.3.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a Bergé y Cía.S.A.

Segundo: Que se imponga a Bergé y Cía S.A., la sanción establecida en el artículo 63.1.b) de la citada Ley, que podrá alcanzar hasta un máximo de 107 millones de euros, equivalente al 5% del volumen de negocios consolidado del grupo BERGÉ en el ejercicio 2008, el último en el existen cuentas anuales consolidadas disponibles”

14. El Consejo de la CNC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 28 de julio de 2010.
15. Son partes interesadas:
 - BERGÉ Y CÍA, S.A (BERGÉ).
 - MARÍTIMA CANDINA, S.L. (CANDINA)

HECHOS PROBADOS

1. La operación de concentración BERGÉ/CANDINA fue instrumentada a través de la firma de los siguientes contratos:
 - a) dos contratos de fecha 18 de febrero de 2008 mediante los cuales FOMENTO DE INVERSIONES MARÍTIMAS, S.L. (filial 100% de BERGÉ) adquiere:
 - el 50,01% del capital social de GARALDE CAPITAL y DESARROLLO, S.L. que, a su vez, posee el 64,47% de MARÍTIMA CANDINA, S.L.
 - una opción de compra sobre el 49,99% de las acciones restantes de GARALDE CAPITAL y DESARROLLO, S.L., que ha sido ejecutada con fecha 17 de abril de 2009.
 - b) dos contratos de fechas 29 de mayo de 2008 y 27 de junio de 2008 por los que GARALDE CAPITAL y DESARROLLO, S.L. adquiere el 35,53% restante del capital social de MARÍTIMA CANDINA, S.L.
2. El contrato de 18 de febrero de 2008 no contempla cláusulas suspensivas vinculadas a la autorización de la Autoridad Nacional de Competencia, habiéndose producido el pago del precio pactado y la transmisión de la propiedad de las acciones el mismo día de la firma del contrato.
3. Con fecha 26 de enero de 2010, mediante Resolución de la Dirección de Investigación, se requirió de oficio a BERGÉ, la notificación de la operación de concentración económica BERGÉ/CANDINA, al considerar que dicha operación era notificable al superarse los umbrales establecidos en el artículo 8.1 a) de la LDC. (Expediente C/0218/10 BERGÉ/CANDINA).

4. Este requerimiento de notificación obligatoria fue recurrido por BERGÉ. ante el Consejo de la CNC (expediente R/0035/09), siendo inadmitido a trámite mediante Resolución de fecha 10 de marzo de 2010.
5. Con fecha 2 de marzo de 2010 tuvo entrada en la CNC formulario de notificación de la operación de concentración BERGÉ/CANDINA.
6. Esta operación de concentración fue autorizada en primera fase por el Consejo de la CNC mediante resolución de 26 de mayo de 2010, de acuerdo con el informe y la propuesta remitidos por la Dirección de Investigación.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Sobre el objeto del expediente

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como propone la Dirección de Investigación, BERGÉ ha incumplido la obligación impuesta por el artículo 9 de la Ley 15/2007, en virtud del cual las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8 deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución. De ser así esta conducta está tipificada en el artículo 62.3.d) como una infracción grave a la LDC, por lo que el Consejo de la CNC podría imponer sanciones por un valor que no supere el 5% del volumen de negocios de la empresa infractora.

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

Por su parte, el previamente citado artículo 62.3.d) de la LDC tipifica como infracción grave “*La ejecución de una concentración sujeta a control de acuerdo con lo previsto en esta Ley antes de haber sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia o antes de que haya recaído y sea ejecutiva resolución expresa o tácita autorizando la misma sin que se haya acordado el levantamiento de la suspensión.*”

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

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

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 26 de mayo de 2010 (C/0218/10, BERGÉ MARÍTIMA/CANDINA), ha dejado claro que obligación de notificación existía, ya que, como se señala en el Informe-Propuesta de la Dirección de Investigación, la operación de concentración superaba el umbral del 30% establecido en el artículo 8.1 a) de la LDC.

En relación con el segundo de los requisitos, el Consejo no alberga duda alguna sobre su apreciación, ya que resulta un hecho indiscutido en el seno del presente expediente que la operación de concentración BERGÉ/CANDINA fue ejecutada por BERGÉ el 18 de febrero de 2008, y que la misma no fue notificada a la CNC hasta el 2 de marzo de 2010, es decir, más de dos años después.

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

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

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, la culpabilidad, 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.

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 (STC 246/1991; STS 26-03-86 entre otras).

De esta forma, sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.

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 negligencia. (STS 20-12-96).

Asimismo, cabe señalar que tanto en el ámbito del derecho penal como en el ámbito del derecho administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en una posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente.

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

(1) En primer lugar, no es cierto, como afirma BERGÉ, que los precedentes nacionales y comunitarios definen un único mercado de estiba y desestiba de mercancía general que incluye, tanto la mercancía transportada en contenedor, como la transportada sin contenedor.

Tal y como señaló este Consejo en su Resolución de fecha 26 de mayo de 2010, en el expediente C/0218/10, de los precedentes comunitarios y nacionales se desprende que el segmento de estiba y desestiba de mercancía sin contenedor puede ser un mercado diferenciado.

En lo que se refiere a los antecedentes comunitarios, ninguno de ellos analiza el segmento de mercancía general sin contenedores, ya que los mercados afectados en estos expedientes han sido los mercados de graneles y de contenedores.

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

Con respecto a los antecedentes nacionales, en el expediente (N-06071) se especifica que no es necesario definir el mercado de mercancía general con contenedor, ya que constituye una actividad residual para las partes de la operación. Con esta advertencia, al contrario de lo que opina BERGÉ, se está implícitamente admitiendo que la estiba y desestiba de mercancía general sin contenedor constituye un mercado diferenciado de la estiba y desestiba de mercancía transportada en contenedor, o en cualquier caso, no se están asimilando los dos tipos de formato y se señala, al menos, la necesidad de efectuar un análisis independiente.

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

(2) En segundo lugar, una actuación diligente de BERGÉ en relación con el análisis de la notificabilidad de la operación de concentración BERGÉ/ MARÍTIMA CANDINA le debería haber suscitado dudas que podría haber consultado con la CNC.

En efecto, si como reitera BERGE durante las actuaciones preliminares, ha tenido en todo momento conocimiento pleno de la normativa vigente sobre control de concentraciones, es evidente que el análisis que realizó de la operación al tiempo de iniciarse las actuaciones preliminares, manifiestamente erróneo, solo puede deberse a haber utilizado los datos de que disponía de una forma parcial e interesada o, no siendo así, haberlo efectuado de una forma en absoluto acorde a lo que se supone que debe corresponder a una empresa que dice conocer en profundidad el sector en el que opera y la normativa que le es aplicable. Más aún, poca justificación se puede encontrar en quién conociendo las obligaciones dimanantes de la LDC, decide conscientemente sustituir un mecanismo tan efectivo como es la consulta previa regulada por el artículo 59 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el análisis propio de la operación, especialmente si tal decisión conduce a tan insatisfactorio resultado como es el que determina la incoación del presente procedimiento sancionador.

A la vista de las circunstancias descritas, el hecho de que BERGE decidiese no notificar la operación en cuestión solo puede deberse a que, conociendo que la operación era notificable, decidió no hacerlo, en cuyo caso ha obrado con dolo, o que el análisis que realizó de la operación de concentración, basado en un poco acertado examen de la información que tenía a su disposición, conduce a pensar que no ha 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. Recuérdese en este sentido que, como se ha puesto de manifiesto en el expositivo 1 de este Fundamento de Derecho, el análisis realizado de los precedentes resulta cuando menos incompleto, por no decir sesgado.

Esta afirmación no queda en absoluto oscurecida por el hecho de que la Dirección de Investigación, en un primer examen de la operación, acordase el cierre provisional de las actuaciones preliminares ACP/002/08 BERGÉ/CANDINA sino todo lo contrario. En efecto, la decisión inicial de la Dirección de Investigación no puede deberse mas que a que el análisis realizado y la información suministrador por BERGE, ya fuera conscientemente o por falta de diligencia en el cumplimiento de unas obligaciones que conocía, no permitían un examen concluyente de la operación. Por el contrario, una vez formulada la denuncia por BUSINESS INTELLIGENCE NET, S.L., y realizado un análisis lo suficientemente extenso y riguroso de la adquisición por BERGÉ del control exclusivo de CANDINA, se concluyó, sin margen alguno a duda, que la misma era notificable y así ratificó el Consejo autorizando la operación.

Por todo ello, no cabe duda de que el elemento subjetivo de la infracción está presente en el supuesto que nos ocupa, ya sea por dolo o, cuando menos, negligencia en el cumplimiento por BERGÉ de sus obligaciones.

CUARTO.- Definición del mercado

La mayoría de las alegaciones de BERGÉ, se centran en justificar que la operación de concentración en cuestión no era notificable, razón por la cual a su juicio no procede la imposición de sanción alguna; sin embargo, la imputada en ningún momento discute que su ejecución fuera anterior a la notificación.

Pues bien, llegados a este extremo es absolutamente imprescindible remarcar la improcedencia de someter a discusión en el seno del presente expediente sancionador si la operación de concentración era o no notificable o sobre si el mercado geográfico o de producto han sido correctamente definidos o sobre el impacto competitivo de la operación ya que, como se ha apuntado en el relato fáctico, tales cuestiones han sido objeto de valoración y debate en el procedimiento legalmente previsto para ello, es decir, el procedimiento de control de concentraciones C-0218/10 BERGÉ/ MARÍTIMA CANDINA. Dicho procedimiento autorizador, aunque esté directamente conectado con el presente, constituye una actuación administrativa distinta, que ha puesto fin a la vía administrativa y que, por lo tanto, es impugnabile separadamente. Es decir, no se puede pretender discutir en el presente procedimiento lo resuelto en otro distinto ya que dicha pretensión se opone a las reglas básicas de impugnación y revisión de actos en Derecho Administrativo.

Entender lo contrario y, por lo tanto, pretender que el Consejo se pronuncie sobre las cuestiones atinentes a una operación de concentración ya resuelta equivaldría a intentar revisar en vía administrativa y a través de un cauce improcedente un acto administrativo que, por haber agotado dicha vía, solamente es impugnabile en sede contencioso-administrativa. Por lo tanto, salvo pronunciamiento de la Audiencia Nacional en contrario, el cual no consta a este Consejo ni se ha alegado de contrario, toda cuestión atinente a la notificación y autorización del Expediente C-0218/10 BERGÉ/MARÍTIMA CANDINA, deviene inatacable en el seno del presente procedimiento sancionador.

QUINTO.- Derecho a la presunción de inocencia

La siguiente de las alegaciones de BERGÉ hace referencia a la vulneración del principio de presunción de inocencia garantizado por el artículo 24 de la Constitución Española.

Bergé considera que de la información que consta en el expediente no ha quedado probado la infracción que se le imputa, y que la negativa de la Dirección de Investigación a practicar las pruebas solicitadas (prueba testifical a los clientes de BERGÉ Y CANDINA en provincias del interior de España) vulnera su derecho fundamental a la prueba reconocido en el artículo 24 de la Carta Magna.

Sobre la primera alegación, al haber sido autorizada la operación en cuestión por el Consejo de la CNC resulta incuestionable que BERGÉ incumplió la obligación impuesta por el artículo 9 de la LDC, en virtud de la cual las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8 deberán notificarse a la CNC previamente a su ejecución.

En cuanto a la segunda cuestión relativa al rechazo de las pruebas solicitadas por BERGÉ, cabe señalar que la jurisprudencia reconoce de modo general una amplia libertad del instructor para decidir sobre los hechos que se pretenden probar y si son pertinentes o no los medios de prueba propuestos por los interesados, sin perjuicio de que, como señala la sentencia el Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009, deban admitirse todas aquellas que tengan un potencial valor exculpativo y así se justifique debidamente por quién las propone.

En este sentido, se considera innecesaria y prescindible la prueba propuesta cuando el conjunto de pruebas acumuladas por la Administración durante la instrucción del expediente hace posible afirmar que la resolución se ha dictado en virtud de pruebas concluyentes, sin que nada permita pensar que las pruebas omitidas pudieran haber conducido a un resultado diferente.

Pues bien, aplicando esta doctrina al presente caso, resulta evidente que la prueba solicitada por BERGÉ era innecesaria, en la medida en que, por un lado, la recurrente no ha justificado el potencial de la prueba para poder modificar el sentido de la decisión administrativa y que, por otro, su práctica difícilmente puede afectar al sentido de la decisión en la medida en que sobre la delimitación del ámbito geográfico relevante en la operación de concentración BERGÉ / CANDINA, ya se había pronunciado el Consejo en la resolución autorizatoria dictada en el expediente C-0128/10.

SEXTO.- Vulneración del derecho de defensa

La quinta de las alegaciones de BERGÉ hace referencia a la vulneración de sus derechos fundamentales a la defensa, lo que vicia de nulidad las actuaciones.

En primer lugar, alega BERGÉ que la falta de acceso al expediente en las actuaciones previas a la incoación del expediente le ha generado indefensión.

En segundo lugar, considera BERGÉ que el presente expediente sancionador supone la reapertura de un expediente administrativo previamente cerrado lo cual vulnera los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y *non bis in idem*.

Con respecto a la primera cuestión, en la medida en que el vicio alegado se refiere la no al presente procedimiento sancionador, sino al procedimiento de control de concentraciones previo, el C-0218/10, BERGE/MARITIMA CANDINA, es evidente que no resulta posible analizarla en este expediente ni emplearla como baremo para medir la legalidad de las actuaciones realizadas en su seno.

En cualquier caso, como señala reiterada jurisprudencia, por todas la sentencia de 14 de mayo de 2002, no se genera indefensión ni se vulnera el derecho de audiencia si se realizan las actuaciones previas sin intervención del interesado.

Por otro lado, y en relación con la alegación de que el presente expediente sancionador supone la reapertura de un expediente administrativo previamente cerrado vulnerando los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y *non bis in idem*, cabe señalar lo siguiente:

a) Principio de confianza legítima.

En sus alegaciones la imputada invoca que se ha vulnerado el principio de confianza legítima ya que los precedentes en el sector existentes en el momento de realizar la operación no contenían una delimitación del mercado relevante como la defendida por la Dirección de Investigación en la Resolución impugnada.

Sobre este particular cabe señalar que la interpretación que de dicho principio realiza BERGÉ no es en absoluto coincidente con la que, de forma constante, se viene realizando por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el (hoy) Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria (entre otras, STJ de 13 de julio de 1965, asunto Lemmerz-Werke) y nacional (entre otras, en materia de competencia, sentencias del TS de 28 de julio de 1997 y 26 de septiembre de 2000, y sentencia de la AN de 29 de diciembre de 2006),

“el principio de confianza legítima no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha confianza se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración, lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la apariencia de legalidad que la actuación administrativa a través de actos concretos revela, moviendo a la voluntad del administrado a realizar determinados actos, inversiones económicas, medios materiales y personales que después no concuerdan con la verdadera voluntad de la Administración y sus consecuencias” (STS de 31 de marzo de 1998)

En conexión con lo anterior, no existiendo antecedentes concluyentes de una delimitación del mercado relevante como la que propone el interesado ni habiéndose servido el interesado de los instrumentos que, como se ha expuesto previamente, pone la normativa de defensa de la

competencia a disposición de las empresas a efectos de conocer el parecer de la CNC respecto a la notificabilidad de una determinada operación, ningún vicio o defecto como el alegado es imputable a la tramitación del presente expediente sancionador ya que no se podía razonablemente confiar en que el actuar administrativo precedente amparase la actuación de BERGÉ

Como ha declarado este Consejo en su Resolución de 26 de enero de 2010 (Expte. SNC/0003/09 ABERTIS-TRADIA), la ausencia de delimitaciones previas de un determinado mercado *“es una situación continua y regular en el análisis de operaciones de concentración, bien porque la operación en concreto sucede en mercados emergentes, en los que los productos y servicios que ofrecen las empresas implicadas son de nueva creación, bien porque la operación en cuestión sea la primera en realizarse en el mercado en el que operan las empresas objeto de la concentración. La economía, como la sociedad en la que se desarrolla, es dinámica y por lo tanto continuamente se crean nuevos productos y servicios y por tanto siempre hay una primera vez para la delimitación de los mercados relevantes en la mayoría de las operaciones de concentración. Además, la posible incertidumbre que se puede generar como consecuencia de ser los primeros en protagonizar una operación de concentración en mercados sin previa delimitación por las autoridades de competencia puede ser fácilmente soslayada con la nueva regulación, ya que como señala la DI en el párrafo 111 de su PR, pues la nueva LDC regula en su artículo 55.2 que “con carácter previo a la presentación de la notificación podrá formularse consulta previa a la Comisión Nacional de Competencia sobre: a) si una determinada operación es una concentración de las previstas en el artículo 7 y b) si una determinada concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previsto en el artículo 8.”*

b) Principio de Seguridad Jurídica.

BERGÉ alega en su escrito de alegaciones, que la Resolución de la Dirección de Investigación de fecha 4 de julio de 2008, en la que se acuerda el cierre cautelar de la actuación preliminar ACP /002/08, equivale a una propuesta de archivo en el sentido de los artículos 49.3 de la LDC y 25. 5 del Reglamento de Defensa de la Competencia, por lo que iniciar un procedimiento sancionador por incumplimiento de la obligación de notificar cuando meses antes se había archivado una denuncia por los mismos hechos constituye una clara vulneración del principio de seguridad jurídica.

Pues bien, para desvirtuar esta alegación, procede emplear los mismos argumentos esgrimidos por este Consejo en su Resolución de fecha 2 de febrero de 2010 (Expte. R/0034/09, BERGE/MARITIMA CANDINA, en la que se inadmitió el recurso interpuesto por BERGÉ, contra el requerimiento de información emitido por la Dirección de Investigación de 10 de diciembre de 2009, lo siguiente:

1º En primer lugar hay que destacar que la legislación española establece una clara distinción entre los dos instrumentos básicos de aplicación de la defensa de competencia: el de control de los comportamientos y el de control de estructuras o de concentraciones. Sus diferencias nacen ya de su distinta naturaleza, el uno es de carácter prohibitivo y por tanto punitivo en caso de infracción, mientras que el otro es de carácter permisivo, para cuya aplicación se requiere de un análisis previo en base a la información recabada por la Administración.

Estas sustanciales diferencias han llevado al legislador a diseñar procedimientos específicos para la aplicación de cada uno de estos instrumentos, de forma que la LDC dentro del Título IV dedica el Capítulo II a regular “El procedimiento sancionador en materia de conductas

prohibidas” mientras que el Capítulo III se dedica a regular “El procedimiento de control de concentraciones económicas”.

El control de comportamientos requiere un procedimiento acorde con el derecho sancionador, esto es, la incoación, la instrucción y la formulación de un Pliego de Concreción de Hechos donde se formule, en su caso, la imputación acreditada, o el sobreseimiento. Por el contrario el control de concentraciones no requiere de una incoación, sino de una notificación obligatoria cuando se cumplen los requisitos para ello. Sólo si esa notificación obligatoria se incumple se puede activar entonces el procedimiento sancionador por haber incumplido un precepto de la LDC, el de la obligatoriedad de notificación.

En el presente caso, nos encontramos ante la aplicación del control de estructuras, por consiguiente no puede concluirse como hace la recurrente, que la Resolución de la Dirección de Investigación de fecha 4 de julio de 2008, equivale a una propuesta de archivo en el sentido de los artículos 49.3 de la LDC y 25.5 del Reglamento de Defensa de la Competencia, dado que no se está analizando la presunta realización de una conducta prohibida por los artículos 1, 2, y 3 de la LDC, sino la obligatoriedad de notificación de la operación de concentración.

2º En segundo lugar, cabe señalar que la Dirección de Investigación advirtió desde el primer momento a la parte imputada que el proceso podría reabrirse si aparecieran nuevos elementos de juicio, que es precisamente lo que ocurrió.

En este sentido, en el escrito de 4 de julio de 2008 se señaló: *“esta Dirección de Investigación cierra cautelarmente las actuaciones preliminares ACP/002/08 BERGÉ/CANDINA. Todo ello sin perjuicio de que se pudiesen reabrir si apareciesen nuevos elementos de juicio que sirviesen para acreditar que la adquisición por el grupo Bergé del control exclusivo de la sociedad Marítima Candina S.L. constituye una operación de concentración de notificación obligatoria conforme al artículo 9 de la Ley 15/2007.”*

En definitiva, lo que la DI hizo fue abrir una actividad informativa previa con el objeto de analizar si la operación era o no de notificación obligatoria; comunicarle a la parte interesada que con la información recabada no podía concluirse que la operación en cuestión fuese de notificación obligatoria; y que no obstante se le advertía de que las actuaciones preliminares se podría reabrir si apareciesen nuevos elementos de juicio que sirviesen para acreditar que la adquisición analizada cumpliera los requisitos del artículo 9 LDC

Además, no hay que olvidar que en todos los requerimientos de información realizados en el marco de estas actuaciones previas, tanto con anterioridad a la notificación de cierre cautelar como los realizados con posterioridad, se indicaba que se actuaba de acuerdo con el artículo 55.3 de la LDC, es decir, actuaciones previas en el seno de un procedimiento de control de concentraciones, y no el artículo 49.3 de la LDC, relativo a la no incoación de procedimientos sancionadores.

Partiendo del argumento precedente, no puede por tanto apreciarse vulneración alguna del principio de seguridad jurídica de la imputada.

c) Principio *non bis in idem*

Finalmente, alega BERGÉ que dado que la Resolución de la Dirección de Investigación de 4 de julio de 2008 equivale a un archivo, la segunda investigación iniciada por la CNC, raíz de la denuncia de fecha 9 de junio de 2009 y que ha dado lugar a la Resolución de 26 de enero de 2010, infringe el principio *non bis in idem*, por cuanto que existe identidad entre los hechos

denunciados y el objeto de ambas investigaciones y puede desembocarse en dos resoluciones opuestas y contradictorias, tal y como a juicio de BERGÉ ha ocurrido en el presente caso.

Nuevamente pretende BERGÉ discutir en el presente procedimiento una cuestión que afecta al procedimiento C-218/10. Como se ha repetido con reiteración a lo largo de la presente resolución, tal pretensión no resulta jurídicamente posible en la medida en que al haber finalizado dicho procedimiento mediante resolución del Consejo, la única manera de proceder a su revisión es mediante la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional y no mediante su discusión en otro procedimiento distinto.

Es más, sobre dicha alegación ya se ha pronunciado este Consejo mediante su Resolución de fecha 3 de marzo de 2010 (Expte. R/0035/10, BERGÉ/MARÍTIMA CANDINA 2) por la que se resuelve el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Directora de Investigación de 26 de enero de 2010 por el que se le requirió la notificación de la operación de concentración en cuestión y que, en la actualidad, se encuentra recurrida ante la Audiencia Nacional.

En este sentido, y como ya se expuso en la citada resolución, y en la medida en que el principio non bis in idem se refiere única y exclusivamente al procedimiento sancionadores y que las resoluciones a que hace referencia BERGÉ se han dictado en un procedimiento de control de concentraciones, es imposible que la resolución que se dicte en este expediente pueda incurrir en dicho vicio.

SÉPTIMO.- Sobre el importe de la sanción.

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

El Consejo, partiendo de que el hecho por el que se sanciona en este expediente es el incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 9, tomando en consideración el peso en cuota de mercado y volumen de negocios en el mercado relevante de la empresa adquirida, y valorando, por un lado, que no se aprecia la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes, y, por otro, que se trata de una operación de concentración autorizada en primera fase sin compromisos, considera proporcionado imponer una sanción de SETENTA y SEIS MIL EUROS (76.000 €).

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

HA RESUELTO

PRIMERO.-Declarar que la adquisición por “BERGÉ Y CÍA, S.A”. del control exclusivo de MARÍTIMA CANDINA, S.L. el 18 de febrero de 2008, sin haber sido previamente notificada a

la Comisión Nacional de la Competencia, supone una infracción de los artículos 62.3.d) y 9.1 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a BERGÉ Y CÍA, S.A., en virtud de lo dispuesto en el artículo 61.1 del citado texto legal.

SEGUNDO.- Imponer a “BERGÉ Y CÍA, S.A la sanción de SETENTA y SEIS MIL EUROS (76.000 €).

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

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a BERGÉ, 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.