



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## **RESOLUCIÓN**

**(Expte. R/AJ/0269/14 MEVION)**

### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

#### **PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

#### **CONSEJEROS**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

#### **SECRETARIO**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 24 de julio de 2014

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/0269/14, MEVION, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por MEVION TECHNOLOGY, S.L. (MEVION) contra el escrito de la Dirección de Competencia de fecha 28 de mayo de 2014, en el que se le notifica que los hechos que ahora vuelve a denunciar MEVION han prescrito, tal y como se recoge en la Resolución de 18 de febrero de 2013 en el expediente sancionador S/386/11, IONMED ESTERILIZACIÓN.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 28 de octubre de 2011, MEVION presentó escrito de denuncia ante la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) contra IONMED ESTERILIZACIÓN, S.A.U por presuntas prácticas contrarias a los artículos 2 y 9.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
2. Con fecha 13 de abril de 2012, la Dirección de Investigación acordó de conformidad

con el artículo 49.1 de la LDC incoar expediente sancionador contra IONMED.

Con fecha 18 de febrero de 2013, el Consejo de la CNC dictó resolución, en la que resuelve acordar, al amparo del artículo 52 de la LDC, la terminación convencional del procedimiento sancionador derivado de la denuncia de MEVION (Expte S/386/11 IONMED ESTERILIZACIÓN). En dicha Resolución, el Consejo declara que comparte las consideraciones realizadas por la DI que se recogen en el Fundamento de Derecho Tercero en relación con las conductas denunciadas por MEVION, así como la delimitación de la incoación a las conductas relativas a los contratos en exclusiva

Entre las consideraciones que realiza la DI y que constan en el fundamento tercero, expresamente se indica que: *“respecto a la posible infracción por ejecución, sin autorización previa, de la concentración consistente en la adquisición por IONISOS, S.A.S., de IONMED por incumplimiento de los deberes de notificación y suspensión, dice la DI que “este tipo de infracción está tipificada, según el artículo 62 de la LDC, como una infracción grave, y el artículo 68 de la LDC establece que las infracciones graves prescriben a los dos años. Por tanto, teniendo en cuenta que la adquisición de IONMED por el grupo IONISOS se produjo en el año 2007 (folio 79), incluso en el caso de que se hubiese producido la mencionada infracción, ésta ya habría prescrito cuando MEVION la denunció en octubre de 2011.”*

3. Con fecha 22 de marzo de 2013, MEVION solicitó al Consejo de la CNC que se tramitase el oportuno procedimiento en relación con los hechos denunciados, con respecto a los cuales la Resolución de 18 de febrero de 2013, a su entender, no tiene los oportunos pronunciamientos, citando en concreto la infracción por parte de IONISOS del artículo 9 de la LDC.
4. Mediante Acuerdo de fecha 5 de abril de 2013, el Consejo de la CNC acordó inadmitir la anterior petición de aclaración planteada por MEVION por haber sido presentada extemporáneamente.
5. Cabe señalar que MEVION no ha recurrido la resolución del Consejo de 18 de febrero de 2013, de terminación convencional.
6. Con fecha 16 de mayo de 2014, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de MEVION reiterando nuevamente su denuncia respecto a la presunta infracción del artículo 9.2 de la LDC.
7. Mediante escrito de fecha 2 de junio de 2014, la Subdirección de Servicios, respondió a MEVIÓN concluyendo que:

*“esta Dirección entiende que los extintos Dirección de Investigación y Consejo de la CNC analizaron los hechos que ahora vuelve a denunciar Mevion por*

*infracción del artículo 9.2 de la LDC y llegaron a la conclusión de que la infracción caso de existir, habría prescrito. Así se recoge en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto de la resolución del expediente S/0386/11, antes citada, firme, transcurrido el plazo de dos meses para la interposición de recurso ante la Audiencia Nacional sin que Mevion ejercitara tal derecho.*

*Adicionalmente, con respecto a la tesis de Mevion según la cual la infracción denunciada no habría prescrito porque perdura el control de Ionmed por IONISOS, esta Dirección de Competencia considera que la infracción del artículo 9.2 de la LDC, que consiste en ejecutar una concentración económica sujeta a la obligación de notificación antes de la obtención de la correspondiente autorización, se produce en el momento en que se adquiere el control de modo que transcurridos dos años desde esa fecha sin actuación por parte de la autoridad de competencia, dicha infracción ha prescrito (artículo 68 LDC)”*

8. Con fecha 18 de junio de 2014, y conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
9. El 24 de junio de 2014, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por MEVION, en que el propone su inadmisión al considerar que no concurren los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.
10. La Sala de competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 24 de julio de 2014.
11. Es interesado en este expediente de recurso MEVION TECHNOLOGY, S.L.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Habilitación competencial**

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la puesta en funcionamiento de la misma se iniciará a la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad. Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, “*las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...] y “las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación*

*de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.*

El artículo 47 de la LDC prevé que *“las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”.*

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1.a) del RD 657/2013, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

## **SEGUNDO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente.**

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra el escrito de la DC de fecha 2 de junio de 2014, en el que se le notifica a MEVION que los hechos denunciados han prescrito y que el Consejo de la extinta CNC ya se pronunció al respecto en su Resolución de 18 de febrero de 2013 (Expte. S/0386/11, IONMED EXTERILIZACIÓN), confirmando las consideraciones de la DI sobre la prescripción de la infracción del artículo 9.2 de la LDC, consistente en ejecutar una concentración económica sujeta a la obligación de notificación antes de la obtención de la correspondiente autorización.

La representación de MEVION solicita del Consejo de la CNMC que (i) acuerde la incoación de un expediente sancionador para la investigación de los hechos denunciados de conformidad con lo expuesto en la denuncia y en el recurso y (ii) subsidiariamente inste a la DC a seguir con el procedimiento establecido por los artículos 25 y 27 del RDC para dar trámite a la denuncia formulada por el procedimiento establecido reglamentariamente, elevando al Consejo una propuesta de no incoación para que éste pueda, en su caso, adoptar un acuerdo de no incoación que sea recurrible en vía jurisdiccional, justificando su pretensión en las siguientes consideraciones:

- La comunicación recurrida ha sido adoptada prescindiendo del procedimiento establecido al no haber seguido el cauce de una propuesta de archivo, tal y como prevén los artículos 25.5 y 27 del RDC, lo que coloca a MEVION en una situación de indefensión irreparable, por cuanto se ve impedida de cualquier opción de recurso en vía jurisdiccional.
- El pronunciamiento del Consejo de la CNC sobre los motivos de no incoación es incidental, y no obsta para que ante la segunda denuncia se incoe un expediente por infracción del artículo 9.2 de la LDC.

Se trata de un pronunciamiento basado en indicios y no se sustenta sobre una valoración jurídica sólida sometida a contradicción.

- La CNMC yerra al considerar de nuevo que la infracción del artículo 9.2 de la LDC ha prescrito. MEVION considera, con base en la sentencia de 12 de diciembre de 2012 del Tribunal General de la Unión Europea, en el marco del Asunto T-332/09 Electrabel contra Comisión Europea, que podríamos estar en presencia de una infracción única y continuada, que aún no ha prescrito, por lo que la CNMC debe incoar un procedimiento sancionador contradictorio para investigar los hechos.

La DC en su informe de 24 de junio de 2014, considera que no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC por lo que procedería la inadmisión del recurso. La comunicación recurrida se limitó a citar la Resolución del Consejo de la CNC que ya había dado respuesta a la pretensión del recurrente relativa a la infracción del artículo 9.2 de la LDC.

MEVION era conocedora de dicha Resolución y pudo recurrirla en su momento sin que lo hiciera, por lo que se garantizaron en todo momento sus derechos de defensa, sin que quepa considerar que la comunicación controvertida le haya causado indefensión y perjuicio irreparable.

Con respecto al fondo del recurso, señala la DC que la infracción tipificada en el artículo 9.2 de la LDC no puede considerarse una infracción continuada en los términos defendidos por MEVION. La sentencia mencionada por la recurrente no desvirtúa la interpretación mantenida por la DC. Según ha declarado la extinta CNC en diversas Resoluciones (por todas, Resolución de 2 de diciembre de 2009, Expte. SNC/004/09 ADESLAS), y así lo ha confirmado la jurisprudencia, ha de existir una fecha cierta de ejecución de la concentración, previa a su notificación, que actúa como “dies a quo”, conforme al artículo 68.1 de la LDC a efectos de cómputo de plazo de prescripción.

### **TERCERO.- Inadmisibilidad del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC.**

Conforme al artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por MEVION, supone verificar si el escrito de la DC de 28 de mayo de 2014, es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

Según establece el artículo 49 LDC, ante una denuncia “(...) *La Dirección de Investigación incoará expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas y notificará a los interesados el acuerdo de incoación*”, especificando que “*Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador*”.

A su vez, el artículo 25.5 del RDC subraya que *“La formulación en forma de una denuncia no vincula a la Dirección de Investigación para iniciar el procedimiento sancionador. El acuerdo de no iniciación del procedimiento del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, deberá comunicarse al denunciante, indicando los motivos por los que no procede la iniciación del procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

Por tanto, siendo la denuncia, básicamente, la puesta en conocimiento de la Administración de unos determinados hechos que podrían ser constitutivos de infracción, la Ley no obliga a la DC a incoar automáticamente un procedimiento sancionador, sino cuando *“se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas”*, pudiendo realizar previamente las actuaciones necesarias que le permitan alcanzar un convencimiento suficiente de la existencia de dichas conductas.

En el caso particular que nos ocupa, MEVION vuelve a presentar el 16 de mayo de 2014, ante la CNMC, una nueva denuncia en el que pone en conocimiento de la CNMC los mismos hechos ya denunciados mediante escrito de 28 de octubre de 2011, razonando el motivo por el cual no pueden considerarse prescritos, y respecto de los cuales el Consejo de la CNC ya se había pronunciado expresamente en su Resolución de 18 de febrero de 2013 (Expte. S/386/11, IONMED EXTERILIZACIÓN), declarado su prescripción. Bajo tal sucesión de hechos, la actuación de la DC dirigido a inadmitir, rechazar y contestar fundadamente a la denuncia reiterada en mayo de 2014 por MEVION debe entenderse lógica y ajustada a Derecho.

Lo que no puede pretender MEVION es que la DC acuerde la incoación de un expediente sancionador para la investigación de unos hechos que ya han sido analizados y resueltos mediante Resolución firme.

Teniendo en cuenta lo anterior, difícilmente puede considerarse, como afirma la recurrente, que la actuación de la DC haya sido contraria a derecho y le haya ocasionado indefensión y perjuicio irreparable.

Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la extinta CNC, y por la actual Sala de Competencia de la CNMC entre otras, Resolución de 2 de abril de 2014 (Expediente R/DC/0009/14, EUROPAC) *“la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes”* debe estimarse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia constitucional, *“no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos”*.

La recurrente como bien señala la DC, si no estaba de acuerdo con la Resolución de 18 de febrero de 2013, pudo haberla recurrido jurisdiccionalmente mediante recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación, tal y como se indicaba en la Resolución notificada.

En estas circunstancias, habiéndose por tanto respetado en todo momento los derechos de defensa de MEVION, la alegación de indefensión y perjuicio irreparable debe ser desestimada.

Con respecto a la tesis de MEVION según la cual la infracción denunciada no habría prescrito porque perdura el control de IONMED, y se trata de una infracción única y continuada, al margen de que dicha cuestión debió ser opuesta en el referido recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 18 de febrero de 2013, cabe señalar que la sentencia del Tribunal General de fecha 12 de diciembre de 2012, alegada por el recurrente no desvirtúa la interpretación realizada por la referida resolución del Consejo de la CNC y por la actuación de la DC ahora impugnada.

De acuerdo con el artículo 62.3 d) de la LDC son infracciones graves: *“la ejecución de una concentración sujeta a control de acuerdo con lo previsto en esta ley antes de haber sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia o antes de que haya recaído y sea ejecutiva resolución expresa o tácita autorizando la misma sin que se haya acordado el levantamiento de la suspensión”*.

Por su parte, el artículo 68 de la LDC señala que: *“las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las graves a los dos años y las leves al año. El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas desde el que hayan cesado”*.

La infracción del artículo 9.2 LDC, en contra de lo manifestado por MEVION, es una infracción instantánea, no continuada, que se produce en el momento en que se adquiere el control. En este sentido, conviene señalar que el artículo 9.2 no prohíbe la adquisición, sino que exige su notificación. Por lo tanto, transcurridos dos años desde la fecha en que se produjo la adquisición del control y, en consecuencia, la fecha en la que debió cumplirse con la obligación de notificación, sin actuación por parte de la autoridad de competencia dirigida a requerir de oficio la presentación de la notificación o, en su caso, a la incoación de procedimiento sancionador, dicha infracción ha prescrito. En definitiva, la conducta antijurídica no se perpetúa por la operación de control ya ejecutada sin previa notificación, sino que la antijuricidad obedece al único momento de incumplir con la obligación de previa notificación, lo que impide estimar que la conducta descrita por MEVION reciba la calificación de continuada. Solo en el caso de existir una prohibición de concentración, cabría sostener la continuidad de la situación antijurídica y, en consecuencia, el posible ejercicio de potestades, incluidas las sancionadoras, tendentes a investigar la infracción y remover dicha antijuricidad.

De conformidad con todo lo señalado, no cabe apreciar en la esfera jurídica de MEVION ninguna indefensión ni perjuicio irreparable que justifique la admisión a trámite de este recurso.

De acuerdo con lo expuesto, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia,

### **HA RESUELTO**

**ÚNICO.-** Inadmitir el recurso interpuesto por MEVION contra el escrito de la Dirección de Competencia de 28 de mayo de 2014

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al recurrente, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación