



RESOLUCIÓN

(Expte. R/0035/10, BERGÉ/MARÍTIMA CANDINA 2)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 3 de marzo de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0035/10, BERGÉ/MARÍTIMA CANDINA 2, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 2 de febrero de 2010 por ..., en su condición de Vicepresidente de BERGÉ y CIA, S.A. (en adelante, Bergé) 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 consistente en la adquisición del control exclusivo de MARÍTIMA CANDINA, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 2 de febrero de 2010, al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), el Grupo Bergé presentó recurso ante el Consejo de la CNC contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC (DI) de 26 de enero de 2010 por el que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.5 de la LDC y de las competencias que le atribuye el artículo 35.2 f) de dicha Ley, se le requería para que notificara ante la CNC la adquisición del control exclusivo de MARÍTIMA CANDINA, S.L.

2. El mismo día el Consejo de la CNC solicitó a la DI el informe preceptivo regulado en el artículo 24 del R.D. 261/2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC). Con fecha 8 de febrero de 2010, la DI remitió informe sobre el recurso en cuestión, conforme a lo ordenado en el artículo 24 del RDC.
3. Los Antecedentes relatados en el precitado informe de la DI son los siguientes:
 - i. *Con fecha 18 de febrero de 2008 Bergé y Cía. S.A. (Bergé) obtuvo el control exclusivo de la sociedad Marítima Candina S.L. (Marítima Candina) mediante la adquisición del 50,01% del capital social de GARALDE CAPITAL Y DESARROLLO, S.L., que a su vez es titular del 64,47% del capital social de Marítima Candina.*
 - ii. *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, y con el fin de conocer si concurrían las circunstancias para su notificación obligatoria de acuerdo con el artículo 9 de dicha Ley, esta Dirección de Investigación abrió una actuación preliminar ACP/0002/08, y envió a Bergé y a la Autoridad Portuaria de Bilbao, diversos requerimientos de información.*
 - iii. *A la vista de la información recabada, y tras un análisis de la misma, con fecha 4 de julio de 2008 la Dirección de Investigación notificó a Bergé el cierre cautelar de las actuaciones preliminares, al no haber elementos suficientes que acreditasen que la adquisición por Bergé de Marítima Candina constituía una operación de notificación obligatoria.*
 - iv. *Con fecha 9 de junio de 2009 la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) recibió una denuncia en la que se señalaba que la concentración económica que tuvo lugar entre Bergé y Marítima Candina era una operación de concentración sujeta al control de concentraciones de acuerdo con lo establecido en los artículos 7 y 8.1.a) de la Ley 15/2007, por lo que debería haber sido notificada a la Comisión Nacional de Competencia en los términos señalados en el artículo 9 de dicha Ley.*
 - v. *A la vista de la denuncia interpuesta, esta Dirección de Investigación reabrió las actuaciones preliminares con el objeto de analizar si existían nuevos elementos de juicio que pudieran indicar que la adquisición por Bergé del control exclusivo de Marítima Candina constituye o no una operación de concentración de notificación obligatoria conforme al artículo 9 de la Ley 15/2007. Tras su reapertura, en el curso de las actuaciones preliminares, se han realizado diversos requerimientos de información a la denunciante, a la Autoridad Portuaria de Bilbao, a empresas competidoras y clientes y a Bergé.*

- vi. *Con fecha 29 de diciembre de 2009 tuvo entrada en la CNC recurso interpuesto por Bergé ante el Consejo de la CNC, en virtud del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, contra el acto de la Dirección de Investigación de requerimiento de información de fecha 10 de diciembre de 2009 y de reapertura de las actuaciones preliminares relativas a la adquisición de Marítima Candina por parte de Bergé.*
- vii. *Mediante Resolución de fecha 2 de febrero de 2010, el Consejo de la CNC ha resuelto inadmitir a trámite el citado recurso por extemporáneo. No obstante, el Consejo de la CNC rebate de forma motivada en su Resolución cada una de las alegaciones de Bergé, concluyendo que, aún en el caso de que el recurso se hubiese interpuesto dentro del plazo marcado por la normativa, se hubiese acordado la inadmisión del mismo al no cumplirse los requisitos del artículo 47 de la Ley 15/2007.*
- viii. *Con fecha 2 de febrero de 2010 ha tenido entrada en la CNC un recurso interpuesto por Bergé ante el Consejo de la CNC, en virtud del artículo 47 de la Ley 15/2007, contra la Resolución de la Directora de Investigación de 26 de enero de 2010 por la que en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.5 de la Ley 15/2007, se requirió de oficio a Bergé la notificación a la CNC de la operación de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo de Marítima Candina.*

4. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 24 de febrero de 2010.
5. Es interesado BERGÉ y CIA, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente

Teniendo en cuenta que Bergé se ampara en el artículo 47 LDC para interponer su recurso, el Consejo debe resolver si el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 26 de enero de 2010, por el cual se le requería para que notificara la operación de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo de MARÍTIMA CANDINA, S.L., reúne las características exigidas en dicho precepto para ser considerado recurrible y, por tanto, admisible.

Aunque el recurrente impugne el Acuerdo de la DI de 26 de enero de 2010, en su discurso Bergé –como se indica a continuación- anuda la suerte de su recurso a la de otro anterior presentado el 29 de diciembre de 2009, referenciado en el apartado 3.vi de los Antecedentes de Hecho.

Así, Bergé considera que la DI vulnera el principio de seguridad jurídica, por hallarse pendiente de notificar la Resolución del Consejo sobre el Recurso interpuesto con fecha 29 de diciembre de 2009 que solicitaba la anulación del requerimiento de información de 10 de diciembre de 2009 y de la reapertura de las actuaciones preliminares. Argumenta Bergé que la DI *“no puede en modo alguno dictar resoluciones administrativas, continuas y sucesivas, cuando la primera de ellas se encuentra sujeta, tanto en su conocimiento como en su resolución a otro órgano administrativo”*. Entiende el recurrente que, en estas circunstancias, la DI no es competente para ordenar el cumplimiento de algo sobre lo que debe pronunciarse el Consejo de la CNC y que podrá, a su vez, ser recurrido ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Por ello, en su opinión, *“procede que este Consejo..., declare la nulidad de las actuaciones seguidas por la Dirección de Investigación hasta tanto lo resuelto por dicho Consejo y, en el caso improbable de que se desestimare nuestra pretensión, hasta tanto lo acordado adquiriera firmeza, por una Resolución dictada por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”*.

Además, según Bergé, el principio de seguridad jurídica sería conculcado por la arbitrariedad de la Administración, la cual tras aprobar un expediente de concentración, por el cierre cautelar del mismo, lo revoca solicitando se remita la preceptiva notificación, lo que supone no aplicar la doctrina jurisprudencial del *non bis in idem*.

Por otro lado, Bergé reitera la totalidad de los argumentos recogidos en el recurso interpuesto con fecha 29 de diciembre de 2009, por considerar que el requerimiento de información de 10 de diciembre de 2009 y la reapertura de las actuaciones preliminares de un expediente que, en su opinión, fue incoado y sobreseído, vulnera los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y legalidad, produciendo consiguientemente indefensión.

Afirma Bergé que *“de prosperar la pretensión de la Dirección de Investigación (primer acuerdo de reapertura de las actuaciones investigadoras; segundo acuerdo, de requerimiento para efectuar la notificación de una operación de concentración, sin haberse resuelto previamente el recurso contra el primero) se habría amparado la conculcación de todos los preceptos normativos y doctrina jurisprudencial expuesta”*.

El recurrente concluye solicitando la revocación de ambos acuerdos y la declaración de nulidad de pleno derecho de los mismos.

Se analizan seguidamente los argumentos contenidos en el escrito de recurso presentado ante el Consejo.

SEGUNDO.- Inadmisibilidad del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC

El artículo 47 de la Ley 15/2007 establece 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”*.

El informe de la DI señala que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 47 de la Ley 15/2007. Procede, pues, entrar a examinar si el Acuerdo recurrido puede causar indefensión o perjuicio irreparable al recurrente.

Independientemente de que el Consejo de la CNC, en su Resolución de 2 de febrero de 2010, Expte. R/0034/09, BERGE/MARÍTIMA CANDINA, ya se ha pronunciado sobre la práctica totalidad de los argumentos que Bergé ha alegado en el presente recurso, en la medida en que en éste se reiteran los recogidos en el recurso de 29 de diciembre de 2009, señalando que no se daban los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC, es necesario analizar las alegaciones específicas relativas al requerimiento de notificación de la operación de concentración vertidas por Bergé en el recurso de 2 de febrero de 2010.

1º Por lo que se refiere, en primer lugar, a la alegación de indefensión, como ya indicó este Consejo en la Resolución de 2 de febrero de 2010, no resulta posible comprender la relación existente entre el requerimiento a Bergé para que notifique la repetida operación de concentración, que es un acto de mero trámite de un procedimiento autorizador, y el derecho de defensa genéricamente reconocido por el artículo 24 de la Constitución Española, puesto que no existe nada de qué defenderse (actuación ésta más propia de un procedimiento sancionador), o que exija la observancia por la Administración de las garantías que permiten un adecuado ejercicio del derecho en cuestión.

En efecto, tal y como señala el Tribunal Supremo, por todas en su sentencia de 7 de febrero de 2007 (recurso de casación nº 6456/2002), tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE sólo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador y sólo podrá ser invocada respecto a actos definitivos, y que por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador.

Por lo tanto, la alegación de indefensión desconectada de actos adoptados en el seno de un procedimiento sancionador es absolutamente improcedente.

Es más, aunque existiese algún tipo de actuación de la que defenderse, que no es el caso, la recurrente tiene todo el procedimiento de control de concentraciones para justificar los motivos por los que entiende que la notificación no es pertinente y solicitar, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57.2 e) de la LDC, el archivo de dicho procedimiento, por lo que resulta de todo punto de vista imposible apreciar la indefensión alegada.

2º En cualquier caso, la alegación de Bergé de pendencia del recurso interpuesto con fecha 29 de diciembre de 2009 contra el requerimiento de información de 10 de diciembre de 2009 de reapertura de las actuaciones preliminares, ha perdido virtualidad una vez el Consejo se ha pronunciado mediante Resolución de 2 de febrero de 2010 (Expte. R/0034/09, Bergé/Marítima Candina), notificada al recurrente el 3 de febrero, inadmitiendo aquél.

Además, hay que dejar sentado que, pese a que el recurrente anude uno a otro, el requerimiento de información y reapertura de las actuaciones preliminares de 10 de diciembre de 2009 es un acto distinto e independiente del requerimiento de notificación de 26 de enero de 2010, por lo que éste último no puede estar condicionado por la Resolución del Consejo al recurso interpuesto contra el primero, salvo que el Consejo de la CNC o la Audiencia Nacional hubiesen acordado expresamente la suspensión cautelar de todas las actuaciones de la Dirección de Investigación en el marco de la actuación preliminar ACP/0002/08, cosa que no ha ocurrido.

En ausencia de tal suspensión, y una vez detectado por la Dirección de Investigación que, como consecuencia de la operación de concentración efectuada, Bergé superaría la cuota del 30% en cualquiera de los mercados relevantes considerados, está obligada a requerir de oficio la notificación de dicha operación conforme a lo previsto en el artículo 9.5 de dicha Ley.

Tampoco puede el Consejo admitir la alegación de vulneración del principio de seguridad jurídica, que Bergé basa en la aplicación de la doctrina jurisprudencial del *non bis in idem*, ya que dicho principio es única y exclusivamente aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores, no a los autorizatorios, como es el caso, lo que determina que esta alegación debiera inadmitirse sin mayores consideraciones.

A mayor abundamiento, decir que el procedimiento de autorización en primera fase de una operación de concentración sujeta a notificación previa obligatoria debe finalizar siempre con una Resolución del Consejo de la CNC, de acuerdo con el artículo 57.2 LDC, no contemplándose aprobación mediante acuerdo o resolución de la DI. Es decir, corresponde al Consejo de la CNC decidir sobre el archivo de las actuaciones en una operación de concentración en los términos previstos en el artículo 44.b) de la LDC, resultando jurídicamente incorrecto hablar de cosa juzgada o de autorización de

facto de la operación de concentración en la decisión de la DI de cerrar cautelarmente la actuación preliminar o previa ACP/0002/08 (art. 55.3 de la LDC). Además, como ya se dijo en la Resolución recaída en el Expte. R/0034/09, Bergé/Marítima Candina, *“habiéndose advertido por la Dirección de Investigación la posibilidad de realizar nuevas actuaciones informativas y no habiendo prescrito el plazo para iniciar el procedimiento de control de concentraciones, no alcanza este Consejo a apreciar la vulneración de los principios de seguridad jurídica, legalidad o confianza legítima por actos de la Administración”*.

3º Finalmente, respecto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, es decir, que el acto recurrido pueda ocasionar perjuicio irreparable, conviene no olvidar, como apunta la DI en su informe, que el Acuerdo impugnado no tiene un carácter definitivo, pues no prejuzga el fondo, no recoge la posición definitiva de la CNC sobre la notificabilidad de la operación de concentración y no condiciona ni impide al Consejo de la CNC disentir de forma motivada de la propuesta que la DI elevará tras la instrucción del correspondiente procedimiento de control de concentraciones, y, por tanto, no impide al Consejo de la CNC archivar el expediente si considerase que la operación de concentración no es notificable. Tampoco impide a Bergé defender ante la CNC la falta de notificabilidad de la operación impugnada durante la tramitación del procedimiento.

En definitiva, el Acuerdo impugnado es un mero acto de trámite que sirve a la DI para preparar el inicio de un expediente de control de concentraciones, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.5 LDC y el artículo 62.1 RDC.

Por ello, en línea con lo señalado por el Consejo de la CNC en su Resolución de 2 de febrero de 2010, al no tratarse de un acto que recoja una postura definitiva de la CNC, ni constituir parte de un procedimiento sancionador, no cabe hablar de perjuicio irreparable.

Hay que señalar, asimismo, que el recurrente no hace sino una alegación genérica, sin concretar en qué forma se materializaría el dicho perjuicio, lo que haría innecesario cualquier pronunciamiento al respecto por parte de este Consejo. Cabe recordar que, en cuanto al supuesto perjuicio irreparable, el Tribunal Constitucional entiende que es *“aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009). **Dado que, como se ha visto, no puede hablarse de vulneración de ningún derecho constitucional, no cabe tampoco apreciar perjuicio irreparable.**

En conclusión, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DI en la que se fundamenta el presente recurso haya causado

indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de Bergé. Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, el Consejo de la CNC entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido.

En este mismo sentido ya se ha pronunciado el Consejo en la Resolución de 10 de noviembre de 2009 (Expte. R/0024/09 CONSENUR; Ponente: Sr. Torremocha García-Sáenz), que resuelve al igual que ésta el recurso interpuesto contra el acto por el que la Dirección de Investigación, en aplicación también del art. 9.1 de la LDC, requería la notificación de una determinada operación de concentración. Al igual que ahora, en aquella Resolución, el Consejo no admitió el recurso por los mismo motivos que lo hace ahora: (i) es un mero acto de trámite que la Dirección de Investigación “se encuentra obligada a efectuar” al amparo de los principios de legalidad y seguridad jurídica que rigen la actuación administrativa ex art. 9 de la Constitución; y (ii) no produce indefensión ni puede causar perjuicios irreparables “toda vez que se trata de un acto administrativo instrumental, meramente interlocutorio o de simple trámite, previo y no definitivo” que permite la iniciación de un procedimiento autorizador como es el de concentraciones.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **ELCONSEJO** por mayoría

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por BERGÉ y CIA, S.A. contra la Resolución de la Directora de Investigación de 26 de enero de 2010, por la que se requirió la notificación de la operación de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo de MARÍTIMA CANDINA, S.L.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación 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 su notificación.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Señor Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta Resolución recaída en el Expediente R/0035/10 Bergé/Marítima Candina 2, acordada y aprobada por mayoría en la sesión plenaria del día 24 de Febrero del 2010.

El Pleno de este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por mayoría, siguiendo el Informe elevado por la Dirección de Investigación, **RESUELVE** :

UNICO.- *Inadmitir el recurso interpuesto por BERGE y CIA SA., contra la Resolución de la Directora de Investigación de 26 de enero de 2010, por la que se requirió la notificación de la operación de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo de MARITIMA CANDINA SL.*

Mi discrepancia la concreto y desarrollo partiendo de los Hechos Probados que seguidamente establezco, por entender que concurren motivos formales y de fondo que no han sido suficientemente valorados.

PRIMERO.- HECHOS PROBADOS.

Gozan de fehaciencia indubitada los siguientes:

I.- La Dirección de Investigación, con fecha **19 de Febrero del 2008**, comunica a Grupo Bergé que “ha tenido conocimiento que el Grupo tenía previsto adquirir, de forma directa o indirecta, el control exclusivo de la Sociedad Marítima Candina SL., estando ambas partes presentes en las actividades de estibación en el Puerto de Bilbao”.

La Dirección de Investigación inicia, por consecuencia de una *denuncia anónima*, abrir una información reservada y requiere a Grupo Bergé para que le facilite la siguiente información:

1º confirmación de que la operación de concentración ha sido ejecutada, indicando e su caso, como se ha implementado.

2º indicación del volumen de ventas total en el mundo, en la UE y en España de las partes afectadas por la operación durante el último ejercicio contable (2007), calculado de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Real Decreto 1443/2001.

3º descripción de las actividades económicas desarrolladas por las partes afectadas. En particular, descripción de sus actividades en el Puerto de Bilbao.

4º delimitación motivada de los mercados de producto y geográficos afectados por la operación. Para ello, se deberá tener en cuenta lo dispuesto en el Real Decreto 1443/2001, la Comunicación de la

Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C372/03) y los precedentes nacional “N-07020 BRIPAL/TPS” y comunitarios “M3884 ADM POLAND/CEFETRA/BT Z” y “M3848 SEA INVEST/EMO-EKON”.

5º estimación del tamaño total, en volumen y valor (unidades vendidas y euros) del mercado o mercados de producto en España y en los posibles mercados geográficos definidos dentro de España (en particular, el Puerto de Bilbao), así como la estimación de la presencia de Bergé y Marítima Candina en los mismos (cuotas de mercado).

II.- Grupo Bergé, con fecha 7 de Marzo del 2008, contestó pormenorizadamente el requerimiento de información solicitado por la Dirección de Investigación, que acusa recibo de la contestación.

Sin perjuicio de ello, la Dirección de Investigación con fecha **26 de Marzo del 2008**, nuevamente, requiere a Grupo Bergé para que le facilite la siguiente información

1º cuentas consolidadas de Grupo Bergé y Marítima Candina SL., correspondientes al año 2007, aunque dichas cuentas todavía no estén auditadas.

2º estimación del tamaño total, en volumen y valor (toneladas métricas y euros) y las cuotas de Grupo Bergé y Marítima Candina SL., en los mercados de estiba para tráfico local (Hinterland) diferenciando entre:

- a) mercancía general transportada en contenedor*
- b) mercancía general convencional sin contenedor*
- c) graneles sólidos*
- d) graneles líquidos*

Estas cuotas de mercado se deben presentar para los siguientes posibles mercados geográficos definidos dentro de España:

- i. el Puerto de Bilbao*
- ii. los Puertos del País Vasco*
- iii. los Puertos del País Vasco y Cantabria*
- iv. el conjunto de los puertos de la cornisa Cantábrica.*

3º para el Puerto de Bilbao y para el conjunto de puertos del Cantábrico, superficie portuaria total destinada a las actividades de estiba y desestiba y superficie asignada a Grupo Bergé y Marítima Candina S.L., en los distintos puertos. Asimismo, indiquen si dichas empresas operan bajo concesión o en régimen de libre concurrencia y si las asignaciones de superficie están atribuidas a un tipo de mercancía concreto (mercancía general transportada en contenedor; mercancía general convencional sin contenedor ; graneles sólidos ; graneles líquidos).

III.- Grupo Bergé, con fecha 11 de Abril del 2008, contestó pormenorizadamente el requerimiento de información solicitado por la Dirección de Investigación, que acusa recibo de la contestación.

Sin perjuicio de ello, y **a los efectos de completar los datos suministrados y aclarar algunos aspectos de la operación**, la Dirección de Investigación requiere a Grupo Bergé le facilite la siguiente información:

1º datos de contacto (nombre, cargo, dirección, teléfono, fax y correo electrónico) de la persona responsable de contestar al presente cuestionario, a fin de permitir contactarla en caso de que sean necesarias posteriores aclaraciones.

2º datos de contacto (nombre, cargo, dirección, teléfono, fax y correo electrónico) de las empresas que realizan servicios de estiba en el Puerto de Bilbao y en cada uno de los puertos de la cornisa Cantábrica, en los que esté presente GrupoBergé.

3º datos de contacto (nombre, cargo, dirección, teléfono, fax y correo electrónico) de los principales clientes de Bergé y Marítima Candina.

4º para el Puerto de Bilbao y las siguientes áreas geográficas (Puertos del País Vasco, Puertos del País Vasco y Cantabria y Puertos de la cornisa Cantábrica) superficie (en términos absolutos y cuotas resultantes sobre el total) asignadas a Bergé y Marítima Candina mediante concesión para actividades de estiba y desestiba, según modalidad de transporte utilizada : mercancía general sin contenedor ; mercancía general en contenedor ; graneles (sólido), subdividiendo ésta

a su vez según tipo de mercancía (carbón, alimentos, otros). Las cuotas resultantes se deberán calcular sobre el total del área destinada por la Autoridad Portuaria a cada modalidad en régimen de concesión, excluyendo del denominador la superficie de uso público.

5° la información requerida en el punto anterior para cada una de las empresas que presten los mismos servicios portuarios que Bergé y Marítima Candina.

6° razones por las cuales la superficie se distribuye según usos específicos y no se asigna de forma genérica para cualquier tipo de mercancía. En particular, el motivo por el que se diferencia también la zona de estiba de mercancía general en contenedor de la que no se carga en contenedor.

7° ustedes afirman que “el título concesional especifica el tipo de mercancía que se va a manipular, pero ello no impide que se puedan utilizar para otro tipo de mercancía con la autorización de la Autoridad Portuaria”. Señale los criterios utilizados para obtener dicha autorización y si Bergé, Marítima Candina así como otros competidores han obtenido en los últimos tres años autorización para modificar el uso de la superficie asignada.

8° indique si Bergé o Marítima Candina han recurrido en los últimos dos años a la superficie de uso público destinada a la manipulación de mercancía general no containerizada.

9° indique, si la mercancía transportada sin contenedor requiere ser almacenada y si la superficie destinada a uso público para esta modalidad de carga dispone de instalaciones de almacenamiento y medios para su manipulación. Aporte la misma información para la mercancía transportada en contenedor.

10° ustedes afirman que la misma grúa puede ser utilizada para manipular los dos tipos de formato (contenedor y otros) ya que únicamente se requiere cambiar el sistema de gancho. Informe sobre la complejidad de efectuar el cambio, tiempo, coste, etc.

11° datos sobre el origen y destino de las mercancías descargadas en cada una de las modalidades de transporte (sin contenedor, con contenedor, granel sólido). En particular, en cada modalidad de

transporte, indique que porcentaje de las mercancías tiene su destino final a: menos de 100 Km, entre 100 y 200 Km, más de 500 Km.

12º tonelaje medio de los barcos que transportan la mercancía que se descarga (distinguiendo si se trata de mercancía containerizada, no containerizada o granel sólido).

13º tonelaje máximo que admite cada uno de los puertos analizados (Bilbao y resto de los puertos de la cornisa Cantábrica).

14º para cada una de las segmentaciones (mercancía general en contenedor, sin contenedor y granel sólido) suministre datos sobre precios medios aplicados por Bergé y Marítima Candina durante los últimos tres años.

IV.- Grupo Bergé, con fecha 5 de Junio del 2008, contestó pormenorizadamente el requerimiento de información solicitado por la Dirección de Investigación.

V.- La Dirección de Investigación, *con fecha 4 de Julio del 2008*, notificó a Grupo Bergé el **cierre cautelar de las actuaciones preliminares, al no haber elementos suficientes que acreditasen que la adquisición por Grupo Bergé de Marítima Candina constituía una operación de notificación obligatoria.**

Las actuaciones preliminares abiertas por la Dirección de Investigación ACP/0002/08 tenían su amparo en lo dispuesto en los Artículos 39.1 y 55.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, con la finalidad de ***conocer si concurrían las circunstancias para su notificación obligatoria*** de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 9 de dicha Ley.

Por consecuencia de ello, no sólo envió a Grupo Bergé diversos requerimientos de información, ***sino también a la Autoridad Portuaria de Bilbao.***

VI.- La Dirección de Investigación ***“reabrió las actuaciones preliminares con el objeto de analizar si existían nuevos elementos de juicio que pudieran indicar que la adquisición por (Grupo) Bergé del control exclusivo de Marítima Candina constituye o no una operación de concentración de notificación obligatoria conforme al Artículo 9 de la Ley 15/2007”.***

La reapertura es consecuencia de una denuncia fechada el día 9 de Junio del 2009 en la que se señalaba que “la concentración económica que tuvo lugar entre (Grupo) Bergé y Marítima Candina era una operación de concentración sujeta al control de concentraciones, de acuerdo con lo establecido en los Artículos 7 y 8.1 a) de la Ley 15/2007, por lo que debería haber sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos señalados en el Artículo 9 de dicha Ley”.

VII.- Si bien el primer impulso de la Dirección de Investigación lo fue por *denuncia anónima*, la actual denuncia tiene cara y ojos y gira bajo la denominación social de ***BUSINESS INTELLINGE NET SL***.

Entidad Mercantil que, ateniéndonos a su objeto social, no guarda relación alguna con el sector; obviamente no es competidora del denunciado Grupo Bergé; es formalmente inactiva desde el año 2001, según el registro ; y ciertamente desconoce las circunstancias, efectos, desarrollo, cuotas del mercado afectado y umbrales de la conducta que denuncia.

VIII.- La decisión de reabrir las actuaciones preliminares, tomada por la Dirección de Investigación, fue recurrida por Grupo Bergé ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con amparo en el Artículo 47 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

El Consejo, en Resolución del día 20 de Enero del 2010, adoptada por mayoría, acordó la *inadmisión del Recurso por extemporáneo*, con amparo en el Artículo 47, apartado 2. *El Consejo inadmitirá sin más trámite los recursos interpuesto fuera de plazo.*

La resolución adoptada lo fue por mayoría, toda vez que la misma, a mi juicio, *se excedió jurisdiccionalmente* al abordar cuestiones de fondo, lo que le estaba vedado por imperio de la Ley: aplicación sine qua non del precepto en el que se amparaba para inadmitir el recurso.

IX.- La Resolución del Consejo viene fechada el día 2 de Febrero del 2010 y le fue notificada a la parte recurrente y a la Dirección de Investigación el siguiente día.

SEGUNDO.- FUNDAMENTOS JURIDICOS.

1º Este Consejero discrepante entiende que, el acto administrativo de *cierre cautelar del Expediente ACP/0002/2008 es nulo de pleno derecho*, por las siguientes consideraciones :

· la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia en su **Artículo 49** que aborda la iniciación del procedimiento, dispone imperativamente que éste, *sólo y exclusivamente podrá serlo : o bien, mediante la incoación de un expediente sancionador* (parágrafo primero) ; *o bien, mediante una información reservada* (parágrafo segundo).

Lo contrario es vulnerar la doctrina de los actos administrativos, creando una inseguridad jurídica a los administrados, por un exceso en la jurisdicción.

La Dirección de Investigación no puede desconocer, ni este Consejo tampoco, que los actos administrativos y las conductas que los informan están sujetos al **Imperio de la Ley** “*sirviendo con objetividad los intereses generales...con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*” (Artículo 103 de la Constitución Española), de ahí que la Constitución Española “*garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*” (Artículo 9 del mismo texto constitucional).

La Dirección de Investigación no puede crearse a capricho una figura administrativa como la de **abrir unas actuaciones preliminares**. Figura inexistente que no ampara el parágrafo 2 del Artículo 49 de la Ley 15/2007. Una lectura rápida de dicho parágrafo, no digamos si es profunda, lleva a concluir que la segunda posibilidad que tiene la Dirección de Investigación de iniciar el procedimiento sancionador, lo es “*realizando una información reservada*” (concepto sustantivo) “*con el fin de determinar con carácter preliminar*” (concepto adjetivo) si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de expediente sancionador. Segunda posibilidad que tiene la Dirección de Investigación de iniciar un procedimiento.

Por consiguiente, estamos en una primera vulneración de un precepto normativo por parte de la Dirección de Investigación, lo que produce *per se la nulidad de las actuaciones*.

La segunda vulneración es el *acuerdo de cierre cautelar*. Esta figura jurídica es inexistente en la normativa administrativa, por lo que deviene *per se nula de pleno derecho*, con los subsiguientes efectos.

La tercera vulneración es la de ***acordar el cierre cautelar de las actuaciones***, concepto inexistente en la Ley 15/2007, por lo que deviene nulo de pleno derecho lo resuelto y sus efectos posteriores : sólo cabe o la apertura de expediente sancionador, lo que no se hace ; o bien el archivo de las actuaciones ex Artículo 44 b) de la Ley 15/2007

De 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

2º la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia en su **Artículo 9** impone la “*obligación de notificación*” “*dentro del ámbito de aplicación del anterior Artículo 8*”. **El Artículo 7** “*define la concentración económica*”.

El párrafo 5 del citado **Artículo 9** dispone que “*en el caso de que una concentración sujeta a control según lo previsto en la presente Ley no hubiera sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia, ésta de oficio requerirá a las partes obligadas a notificar (.....)*”.

Y sigue diciendo en su último párrafo que “*transcurrido el plazo para notificar sin que se haya producido la notificación, la Dirección de Investigación podrá iniciar de oficio el expediente de control de concentraciones, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones y multas coercitivas previstas en los Artículos 61 a 70*”.

En consecuencia y bajo el imperio de lo dispuesto en los preceptos normativos citados, la Dirección de Investigación *a virtud de una denuncia*, acuerda realizar una información reservada (si bien en error craso la nomina actuaciones preliminares, ***confundiendo objeto con causa***) a fin de determinar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación de expediente sancionador.

Información reservada que se realiza (o debe realizarse) bajo los *requisitos condicionantes* que tutela el anterior **Artículo 10** en orden a los criterios de valoración sustantiva *en el control de concentraciones económicas*.

Y ¿cuál es el mandato del Artículo 10?

Artículo 10. Criterios de valoración sustantiva.

1. La Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional.

En concreto, la Comisión Nacional de la Competencia adoptará su decisión atendiendo, entre otros, a los siguientes elementos :

- a) *la estructura de todos los mercados relevantes.*
- b) *la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera.*
- c) *la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional.*
- d) *las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados.*
- e) *la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados.*
- f) *la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate.*
- g) *el poder renegociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas.*
- h) *las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios.*

2. En la medida en que la creación de una empresa en participación sujeta al control de concentraciones tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de lo establecido en los artículos 1 y 2 de la presente Ley.

3. En su caso, en la valoración de una concentración económica podrán entenderse comprendidas determinadas restricciones a la competencia accesorias, directamente vinculadas a la operación y necesarias para su realización.

Los **tres actos administrativos de la Dirección de Investigación**, esto es, los requerimientos que hace a Bergé los días *15 de Febrero del 2008*, *26 de Marzo del 2008* y *11 de Abril del 2008* lo son en cumplimiento del citado Artículo 10 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, que necesariamente debe contemplar la Dirección de Investigación para *resolver sobre la concentración de la*

que ha tenido conocimiento, bien lo sea ésta de oficio o como resultado de una denuncia.

Lo atañente a la Dirección de Investigación, como paso previo e ineludible, es el averiguar si Berge y Marítima Candina vienen obligadas a notificar la concentración (Artículo 55) ; el paso siguiente sería el de averiguar si la concentración es susceptible de ser aprobada en primera fase (Artículo 57) ; o incluso en una fase segunda (Artículo 58). Cumplido su trabajo de instrucción, podría entrarse a incardinar la conducta de Bergé y Martíma Candina en el Artículo 9.5 de la Ley 15/2007.

Ciertamente, estas obligaciones ineludibles que la Ley 15/2007 impone como de obligado cumplimiento a la Dirección de Investigación y a la luz de lo actuado, que culmina con una resolución administrativa de “*cierre cautelar*” , citada en craso error, cuando en realidad debió decirse “*archivar*” , nos lleva a concluir diciendo que, *partiendo de unas actuaciones diligentes seguidas por la Dirección de Investigación, debió ésta proceder a dar cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 44 de la Ley 15/2007* elevando al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia una propuesta de archivo en la que se acordase expresamente que “a la luz de lo instruido, Bergé no venía obligado a la notificación de la concentración examinada”. Consecuencia de tal declaración sería, subsiguientemente, la no incoación de expediente sancionador, por cuanto Bergé no había incumplido precepto alguno de competencia o, dicho de otra manera, su conducta no ha infringido precepto alguno.

TERCERO.- BONDAD DE OS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La Administración Pública (y la Dirección de Investigación y este Consejo lo son) sirven con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación *con sometimiento pleno a la ley y al Derecho* (Artículo 103 de la Constitución Española).

Principios que tienen su amparo en el anterior Artículo 9 que, en su apartado primero dispone “los ciudadanos y los poderes públicos (obviamente también los poderes públicos) están sujetos a la Constitución y *al resto de ordenamiento jurídico*” y continúa diciendo en el apartado tercero que “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, *la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”.

El acto administrativo de la Dirección de Investigación que, tras una instrucción diligente y profunda de la concentración denunciada, aplicando a sus tres requerimientos hechos a Berge, cumplimenta lo dispuesto en el Artículo 10 en relación con los Artículos 57 y siguientes, todos ellos de la Ley 15/2007, y le lleva a dictar una resolución en la que acuerda el cierre cautelar, *en claro error terminológico y conceptual así como a no elevar tal acuerdo al Consejo, vulnerando lo dispuesto en el Artículo 4.*

Si hasta este momento hemos acotado una serie de vulneraciones a preceptos normativos concretos, también hemos de dejar acreditado los subsiguientes a considerar a partir de los anteriores. Estos son :

- vulneración del principio doctrinal de la confianza legítima en los actos de la Administración, en relación y concordancia con los principios de legalidad y seguridad jurídica.
- vulneración del principio doctrinal del non bis in idem, con el valor de la cosa juzgada material.
- vulneración de la doctrina de los actos propios.
- vulneración del principio doctrina del exceso jurisdiccional.

CUARTO.- La Resolución R/034/10 Bergé/Marítima Candina 1 , en la que se acordó inadmitir el recurso, *imposibilitó* adentrarnos en el fondo del recurso y resolver sobre la pretensión del mismo.

Por consecuencia de la reiteración de la Dirección de Investigación, acordando *reabrir el expediente*, dejar sentado prima facie :

- 1º que es el mismo expediente por razón de causa efecto.
- 2º que estamos, en todo caso, en presencia de una información reservada y no como se empecina la Dirección de Investigación en calificar su actuación administrativa como *actuaciones preliminares ACP/0002/08.*

Lo que conlleva, aplicando *el principio de causalidad* a declarar el archivo de esta segunda denuncia y la no incoación de expediente, por serle de aplicación : los principios del non bis in idem, con el valor de cosa juzgada material ; los principios de la confianza legítima de los actos administrativos ; del exceso jurisdiccional en los

actos administrativos. Todos ellos, a la luz de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Obviamente la vulneración de los anteriores principios conlleva la vulneración, concreta y puntual, de preceptos normativos propios de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, que previamente hemos venido acotando.

Por todo ello, también, ante esta segunda pretensión de la Dirección de Investigación procedería que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, hubiera estimado el Recurso de Bergé y dispuesto el archivo de las actuaciones por inexistencia de infracción de esta Ley ; y consiguientemente con ello, la no incoación de expediente sancionador ex Artículo 9.5 por inexistencia de infracción, en aplicación estricta del principio de causalidad y en mérito a la totalidad de principios doctrinales y jurisprudenciales desarrollados.

QUINTO.- Finalmente merece una consideración particular el aserto que conforma el último párrafo del apartado 3) del Fundamento de Derecho Segundo, que lleva por título “inadmisibilidad del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC”.

En él se dice literalmente :

“En conclusión, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DI en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de Bergé. Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, el Consejo de la CNC entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido”.

“En este mismo sentido ya se ha pronunciado el Consejo en la Resolución de 10 de noviembre de 2009 (Expte R/0024/09 CONSENUR ; Ponente : Sr. Torremocha García-Sáenz) que resuelve al igual que ésta el recurso interpuesto contra el acto por el que la Dirección de Investigación, en aplicación también del art. 9.1 de la LDC requería la notificación de una determinada operación de concentración. Al igual que ahora, en aquella Resolución, el Consejo no admitió el recurso por los mismos motivos que lo hace ahora : (i) es un mero acto de trámite que la Dirección de Investigación <se encuentra obligada a efectuar> al amparo de los principios de legalidad y seguridad jurídica que rigen la actuación administrativa

ex art. 9 de la Constitución ; y (ii) no produce indefensión ni puede causar perjuicios irreparables <toda vez que se trata de un acto administrativo instrumental, meramente interlocutorio o de simple trámite, previo y no definitivo> que permite la iniciación de un procedimiento autorizador como es el de concentraciones”.

Para llegar a esta afirmación y consiguiente a la Parte Dispositiva de dicha Resolución R/0024/09 CONSENUR, la misma hace los siguientes establecimientos en el apartado de ANTECEDENTES DE HECHO :

PRIMERO.- *La Dirección de Investigación, con fecha 20 de Noviembre del 2008, dirige una comunicación a URBASER, al haber tenido conocimiento que ésta había adquirido o tiene previsto adquirir el control de la sociedad ECOTEC (antes I.T. MEDICA SL) dedicada a la gestión de residuos sanitarios en la Comunidad Autónoma de Canarias. Actividad en la que también está presente su empresa filial CONSENUR SA.*

Con el fin de conocer si concurren las circunstancias para su notificación, ex Artículo 8.1ª), 9.1 y 39.1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, le requiere para que facilite la siguiente información:

- 1. Si ha adquirido o proyecta adquirir el control de la empresa ECOTEC (o I.T. Médica). En caso afirmativo, describa cómo y cuándo lo ha efectuado o proyecta hacerlo.*
- 2. Indicación del volumen de ventas total en España y en la Comunidad Autónoma de Canarias, de URBASER y de las partes afectadas por la operación: ECOTEC (I.T. médica) y CONSENUR, durante el ejercicio contable de 2007 o, en su caso, el anterior a la ejecución de la anterior operación. El cálculo debe efectuarse de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.*
- 3. Descripción de las actividades económicas desarrolladas por las partes afectadas, especialmente en la Comunidad Autónoma de Canarias.*
- 4. Delimitación motivada de los mercados de producto y geográficos afectados por la operación, de acuerdo con la Sección 5ª (información sobre el mercado) del ANEXO III (Formulario de*

notificación de concentraciones económicas) del citado Reglamento de Defensa de la Competencia.

5. Estimación del tamaño total, en volumen y valor, del mercado o mercados de producto en España y en la Comunidad Autónoma de Canarias y de las cuotas de CONSENUR y ECOTEC (I.T. Médica) en los mismos, en el año 2007 o, en su caso, en el anterior a la ejecución de la anterior operación.

La comunicación pone en conocimiento de URBASER, de forma expresa que, todo proyecto u operación de concentración de empresas que supere cualquiera de los umbrales expresados en el Artículo 8.1 de la Ley 15/2007, según lo dispuesto en el siguiente Artículo 9, debe notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia, no siendo lícito ejecutar la concentración hasta que haya recaído la autorización expresa o tácita de la Administración.

Así también le comunica que la norma del Artículo 62.3d) de la Ley 15/2007 califica como infracción grave la ejecución de una concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada 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.

Ítem más, le informa que las infracciones graves, de acuerdo con el Artículo 63.1b) de la Ley 15/2007 pueden ser sancionadas con 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. Adicionalmente, de acuerdo con el Artículo 63.2 se podrá imponer una multa de hasta Euros 60.000 a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

La anterior comunicación le fue remitida por el Subdirector de Sociedad de la Información a URBASER el día 1 de Diciembre, por Fax a las 9,50 horas de su mañana y fue recibido OK por Don xxx, que presta su conformidad el siguiente día 2 de Diciembre.

SEGUNDO.- *URBASER (Director General Adjunto al Presidente para Asuntos Legales) en carta fechada el día 9 de Diciembre del 2008 (Folio 7) establece que recibida la notificación del*

requerimiento de información de referencia, constatamos que la misma versa sobre la adquisición de Ecología y Técnicas Sanitarias SL., por parte de CONSENUR SA. Dado que CONSENUR gestiona sus asuntos de forma independiente, por la presente damos traslado de su misiva a D. xxx, Gerente de CONSENUR, quien está en mejor situación que nosotros para responder a sus preguntas y con quien rogamos se comunique en adelante para cualquier gestión relacionada con esta adquisición”.

CONSENUR, en escrito fechado el día 10 de Diciembre (Folio 8), conforme a lo previsto en el Artículo 49 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, solicita una ampliación del plazo para contestar el requerimiento. A lo que se accede por La Dirección de Investigación (Folio 9).

CONSENUR, en escrito fechado el día 18 de Diciembre (Folios 13 y siguientes), contesta al requerimiento que le hiciera la Dirección de Investigación.

TERCERO.- *La Dirección de Investigación, en comunicación del día 5 de Octubre del 2009, en la que, en síntesis, se acreditan los siguientes particulares:*

1º CONSENUR indica que con fecha 2 de Octubre de 2006, se constituyó ECOTEC (Ecología y Técnicas Sanitarias SL), sociedad instrumental que pasó a controlar I.T. Médicas.

ECOTEC estaba, inicialmente, bajo el control de los dueños de ITC Médicas y CONSENUR sólo disponía del 5% de su capital social. Con posterioridad, el día 30 de Octubre de 2007, CONSENUR firmó un contrato de compraventa por el 95% restante del capital de ECOTEC, lo que le permitió adquirir el control exclusivo. Adquisición que se completó el 1 de Noviembre de 2007.

2º CONSENUR considera que tal operación de concentración no era notificable a la Comisión Nacional de la Competencia, al no superar los umbrales de notificación del Artículo 8.1 de la Ley 15/2007.

CONSENUR entiende que, en Noviembre de 2007, el mercado de producto relevante en el que operaba IT Médicas “era el de gestión de

residuos peligrosos” y nada le hacía pensar que se podía distinguir un mercado de producto relevante de gestión de residuos sanitarios.

La Dirección de Investigación, en el marco del Expediente Sancionador S/0014/07, tanto en el Pliego de Concreción de Hechos, como en la Propuesta de Resolución ha definido un mercado de producto relevante de gestión de residuos sanitarios, sin que CONSENUR lo discutiese en sus alegaciones.

3º Adicionalmente, el Artículo 8.1 a) de la Ley 15/2007 establece que una operación de concentración económica es notificable a la Comisión Nacional de la Competencia si como consecuencia de ella “se adquiere o se incrementa una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo”.

En el Expediente Sancionador S/0014/07 ha quedado acreditado que CONSENUR e IT Médicas están presentes en el mercado relevante de producto de gestión de residuos sanitarios en España y que la suma de las cuotas de mercado de ambos operadores en el ámbito del mercado nacional supera el umbral del 30%.

4º La Dirección de Investigación considera que la operación de concentración era de notificación obligatoria, previamente a su ejecución, por superar el umbral del Artículo 8.1 a) de la Ley 15/2007.

Por ello, en aplicación del Artículo 9.5 de la Ley 15/2007 y en virtud de las competencias que le atribuye el Artículo 35.2f), la Dirección de Investigación requiere de oficio a CONSENUR, para que en el plazo de veinte días, notifique ante la Comisión Nacional de la Competencia la adquisición del control exclusivo de Implantes y Tecnologías Médicas SL., mediante el contrato de compraventa del 95% del capital social de Ecología y Técnicas Sanitarias SL., de 30 de Octubre de 2007.

La notificación deberá ajustarse al formulario de notificación recogido en el reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero y no se beneficiará del silencio positivo previsto en el Artículo 38 de la Ley 15/2007.

De acuerdo con el citado Artículo 9.5 de la Ley 15/2007, transcurrido el plazo indicado sin haber sido presentada la notificación, la

Dirección de Investigación podrá iniciar de oficio el expediente de control de concentraciones. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones y multas coercitivas previstas en los Artículos 61 a 70 de la Ley 15/2007.

5º Comunicación que es notificada a CONSENUR.

CUARTO.- *CONSENUR, “en desacuerdo con la motivación de la Resolución impugnada y sobre la obligación de notificar la adquisición, interpone el recurso previsto en el Artículo 47 de la LDC”.*

El escrito de interposición del recurso lo deposita en Correos, el día 19 de Octubre, y tuvo su entrada en esta Comisión Nacional de la Competencia el día 21 de Octubre y fue registrado de entrada con el número 5275.

Recurso en el que se arguye: (i) indefensión por insuficiente motivación e incongruencia; (ii) lo que causa un perjuicio de imposible o difícil reparación; (iii) lo que lleva suplicar, finalmente, la declaración de nulidad de la resolución administrativa dictada o, alternativamente, la anulabilidad de la misma.

QUINTO.- *El Pleno del Consejo deliberó y falló este asunto el día 4 de noviembre de 2009.*

-----ooOoo-----

La simple lectura de la Resolución, anteriormente transcrita y la que ahora nos ocupa y sobre la que discrepo, ***mantiene diferencias sustanciales*** :

1ª la Resolución CONSENUR se inicia de oficio por entender la Dirección de Investigación que la concentración es notificable, lo que no se hace por las partes implicadas.

Para llegar a esta conclusión final, la Dirección de Investigación efectúa a las incumbes diferentes requerimientos de información, “*con el fin de conocer si concurren las circunstancias para su notificación, ex Artículo 8.1 a) , 9.1 y 39.1 de la Ley 15/2007*”.

El requerimiento de información recabado por la Dirección de Investigación es sustancialmente el mismo que el que se efectúa a BERGE.

El acuerdo resolutorio de inadmisión trae causa diferente al de este expediente Berge : el primero se inicia ex novo sin resolución administrativa alguna final, léase cierre cautelar o cualquiera otra. Ello no ocurre en el presente Recurso.

2^a la Resolución BERGE, objeto de este voto particular, lo es contra la reapertura de un expediente cerrado y en el que se acuerda su reapertura por *existencia de vulneración de derechos fundamentales : non bis in idem con el valor de cosa juzgada material ; confianza legítima en los actos administrativos ; legalidad y seguridad jurídica, etc., anteriormente desarrollados.*

3^a la Resolución CONSENUR al no estar instruida la incoación de expediente alguno, al tratarse simplemente de un acto de mero trámite “*inspección reservada*”, no conlleva indefensión o perjuicio irreparable ex Artículo 47 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, de ahí que en aquella resolución de la que fue Ponente este mismo Consejero hoy discrepante se acordara “*la inadmisión del recurso interpuesto por CONSENUR (.....) al no darse ninguno de los requisitos que, con el valor de sine qua non, contempla y exige la norma del Artículo 47 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia*”.

A diferencia sustantiva de la presente Resolución Bergé-Marítima Candina, el recurso es contra el acto administrativo de reapertura de un expediente indebidamente titulado *circunstancias preliminares en vez de serlo como información reservada*, que goza de firmeza siquiera lo sea indebidamente al acordar el cierre cautelar y no el archivo, en armonía a lo contemplado en la Ley 15/2007.

La Dirección de Investigación no viene autorizada, ni tampoco este Consejo a bendecir actos administrativos inexistentes de acogimiento en nuestra Ley 15/2007 so pena de entrar en vulneración de normas sustantivas.

4^a el expediente CONSENUR no estaba instruido y se encontraba en fase de ello, por lo que no cabía alegar indefensión o vulneración de perjuicios irreparables ex Artículo

47, toda vez que no existía resolución administrativa final sujeta a recurso. La entidad recurrente carecía del conocimiento sustantivo y final en el que se acordara *cuál sea el resultado de la información reservada*, por lo que le cabría *ex nunc* la interposición de cuantos recursos entendiere proceden en defensa de sus derechos.

Por el contrario, en el expediente BERGE, objeto de este Voto Particular Discrepante, la requerida y recurrente tiene a su disposición un acto administrativo de cierre del expediente y su reapertura indebida e ilegal por parte de la Dirección de Investigación implica necesariamente un ataque frontal a sus derechos fundamentales, toda vez que vulnera los principios de legalidad y seguridad jurídica, al vulnerar preceptos normativos concretos y puntuales de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y, por tanto, principios doctrinales y jurisprudenciales tales como el non bis in idem, confianza legítima en los actos administrativos, etc.

5^a este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, ni tampoco el Ponente de esta Resolución Berge-Marítima Candina 2 (Expediente R/0035/10) de la discrepamos, pueden ignorar las diferencias sustantivas que separan una y otra resolución, en cuanto al fondo de la pretensión que se sustancia en una y otra.

De ahí que sea difícil entender a este Consejero discrepante la cita que se nos brinda (tantas veces referida), ni el por qué de la misma, incluso con la cita *ad personam* del Ponente proponente en la primera y el Consejero discrepante en ésta.

Ciertamente si lo que se pretendía era desconcertar a los administrados con la cita pormenorizada y personal con la finalidad de *una desautorización por acometer planteamientos argumentales incongruentes, que llevan a resolver de una forma en un expediente y resolver de forma absolutamente contraria en otro*, deviene obvio que no se ha conseguido, por cuanto la causa o razón de pedir son diametralmente diferentes en uno y otro expediente, lo que necesariamente lleva a concluir de forma diferente.

-----ooOoo-----

En consecuencia y en congruencia con todo lo anteriormente expuesto y desarrollado, este Consejero discrepante entiende que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia debería haber dictado una Resolución en la que se acordara

1º estimar el Recurso Administrativo interpuesto por Bergé contra la resolución de la Dirección de Investigación en la que se acordaba la reapertura de las actuaciones preliminares ACP/0002/08 por infringir normas sustantivas, que vulneran derechos fundamentales.

2º estimar el Recurso Administrativo interpuesto por Bergé contra la resolución de la Dirección de Investigación en la que se acordaba la reapertura de las actuaciones preliminares, por inadecuación del escogido término conceptual, toda vez que es inexistente en esta vía administrativa que sólo admite el de la apertura de expediente sancionador o de una información reservada.

Con cuantos demás pronunciamientos administrativos internos, la dicha Resolución entienda proceden.

Así por este Mi Voto Particular, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid fecha ut supra.

