

RESOLUCIÓN
(Expte. R/0034/09, BERGÉ/MARÍTIMA CANDINA)

CONSEJO

Don Luis Berenguer Fuster, Presidente
Don Fernando Torremocha y García Sáenz, Vicepresidente
Don Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
Don Miguel Cuerdo Mir, Consejero
Doña Pilar Sánchez Núñez, Consejera
Don Julio Costas Comesaña, Consejero
Doña María Jesús González López, Consejera
Doña Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 2 de febrero 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 Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/0034/09 por la que se resuelve el recurso interpuesto con fecha 29 de diciembre de 2009 por D. (XXX), en condición de Vicepresidente de BERGÉ y CIA, S.A. (Grupo Bergé) contra el requerimiento de información emitido por la Dirección de Investigación de la CNC el 10 de diciembre de 2009 con respecto a la adquisición por el Grupo Bergé de Marítima Candina, S.L. (Marítima Candina) y el acuerdo de la reapertura de las actuaciones preliminares seguidas en su momento (ACP/002/2008) en relación con dicha operación.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 29 de diciembre de 2009 Grupo Bergé presentó recurso ante el Consejo de la CNC contra el acto de la Dirección de Investigación de la CNC (DI) que le fue comunicado el 10 de diciembre de 2009. En dicha comunicación de la DI se le requería información referente a la adquisición que este grupo había realizado con anterioridad de Marítima Candina y se le comunicaba el Acuerdo de la reapertura de las actuaciones preliminares seguidas en su momento (ACP/002/2008) en relación con dicha operación.
2. El mismo día el Consejo de la CNC solicitó a la DI el informe preceptivo regulado en el artículo 24 del Real Decreto 261/2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).
3. El 11 de diciembre de 2009 el Grupo Bergé presentó un escrito ante la DI en el que solicitaba una ampliación de plazo, manifestando que:

“Que debido al breve plazo de diez (10) días hábiles concedido para dar cumplimiento al citado requerimiento de información, a la magnitud y complejidad de ésta y, sobre todo, al interés que tiene esta parte en poder facilitar de la manera más detallada a esta Dirección todos los datos de que dispone, les solicitamos formalmente una prórroga de cinco (5) días hábiles para aportar cuanta información se nos ha pedido”.

4. El mismo día la DI le comunicó a Bergé que el plazo anteriormente concedido se ampliaba en 5 días, de forma que la finalización del mismo se produciría el 29 de diciembre de 2009.
5. Los Antecedentes relatados en el informe de la DI antes referenciado son los siguientes:
 - i. *Con fecha 18 de febrero de 2008 Grupo Bergé obtuvo el control exclusivo de la sociedad Marítima Candina S.L. mediante la adquisición del 50,01% del capital social de GARALDE que a su vez ostentaba el 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 envió a esa sociedad tres requerimientos de información con fechas 19 de febrero, 26 de marzo y 15 de mayo de 2008. Igualmente se enviaron sendos requerimientos de información a la Autoridad Portuaria de Bilbao, con fecha 26 de marzo y 14 de mayo de 2008.*
 - 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 Grupo Bergé el cierre cautelar de las actuaciones preliminares, al no haber elementos suficientes que acreditasen que la adquisición por el Grupo 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 el 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 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 existen nuevos elementos de juicio que pudieran indicar que la adquisición por el Grupo Bergé del control exclusivo de la sociedad Marítima Candina S.L. 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 al Grupo Bergé.

6.- El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 20 de enero de 2010.

7.- Es interesado BERGÉ y CIA, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución

El Consejo debe resolver sobre el recurso planteado por Grupo Bergé contra el acto de la Dirección de Investigación de lo que denomina reabrir unas actuaciones preliminares, con el fin de conocer si la adquisición de Marítima Candina por parte del Grupo Bergé, que fue materializada con fecha 18 de febrero de 2008, reunía los requisitos establecidos en el artículo 9 de la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* (LDC) para su notificación obligatoria.

En su escrito, el Grupo Bergé, considera que el término utilizado por la Dirección de Investigación en su acuerdo de “cierre cautelar” de las actuaciones previas es inexistente en nuestro Ordenamiento Jurídico y, por tanto, ajeno a la legalidad establecida. Este hecho lleva a Grupo Bergé a analizar entre “archivo” y “sobreseimiento” cual de ambos debería haber utilizado la Dirección de Investigación en el cierre de sus actuaciones, llegando a la conclusión de que se trata de un sobreseimiento que puso fin al expediente por no existir elementos que acreditasen que Grupo Bergé debiera haber notificado la citada operación.

En concordancia con estas afirmaciones, considera Grupo Bergé que la Dirección de Investigación, en su momento, “*incoó expediente de información reservada con amparo en el art. 49.2 LDC, y en consecuencia, la reapertura de un expediente en su día sobreseído, que no cerrado cautelarmente (concepto jurídico inexistente), produce indefensión a esta parte a la vez que perjuicios irreparables por vulneración del principio de seguridad jurídica y del principio de legalidad*”.

Por último, Grupo Bergé solicita la anulación del acto dictado por la Dirección de Investigación consistente en la reapertura de un expediente que ya fue investigado, instruido y sobreseído en julio de 2008, declarando definitivamente sobreseído el expediente de referencia.

SEGUNDO.- Extemporaneidad del recurso

Los recursos administrativos contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación vienen regulados por el artículo 47 de la LDC, y el artículo 24 del RDC. En dicha regulación se establece que el plazo para recurrir ante el Consejo los actos de la DI es de 10 días y que el Consejo inadmitirá sin más trámite los recursos interpuestos fuera de plazo. A la vista de esta regulación y teniendo en cuenta que el

recurso fue interpuesto pasados los diez días hábiles para ello, el Consejo debe inadmitir sin más trámite el presente recurso.

El recurrente considera en su recurso que éste está interpuesto en tiempo y forma porque el plazo para contestar al requerimiento de información fue ampliado en cinco días por la DI.

La DI, en su informe responde al recurrente sobre esta cuestión que: *“A diferencia de lo sostenido en el escrito de recurso, el hecho de que el interesado solicitase y esta Dirección de Investigación concediese, en aplicación del artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, una ampliación de cinco días hábiles para la contestación al requerimiento de información, no implica que igualmente quedase ampliado el plazo para recurrir el acto de la Dirección de Investigación”*.

El Consejo considera que el planteamiento del recurrente es erróneo ya que confunde el plazo de 10 días para interponer el recurso del artículo 47 de la LDC, que, por ser una cuestión de orden público, no admite prórroga de ningún tipo, con el plazo para cumplir lo que el acto recurrido exige o requiere del interesado, que sí puede ser objeto de ampliación, artículo 49.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), pero que, como resulta evidente, no afecta al primero.

Analizado el contexto en el que el recurrente solicita la ampliación de plazo y la DI la concede, es obvio que dicha solicitud de plazo se fundamenta en una razón práctica de poder cumplimentar la solicitud de información dada *“la magnitud y complejidad de ésta y, sobre todo, al interés que tiene esta parte en poder facilitar de la manera más detallada a esta Dirección todos los datos de que dispone”*. El objeto de conceder esta ampliación por parte de la DI reside, precisamente, en facilitarle al administrado sus obligaciones legales para con la DI, no en modificarle los plazos fijados por Ley, de forma, repetimos, improrrogable, para ejercitar sus derechos.

Pero es que, además, de ser posible la ampliación, extremo éste que negamos, el órgano competente para acordarla sería el Consejo y no la Dirección de Investigación, pues ante él se interpone el recurso y a él le corresponde su resolución y, por lo tanto, las decisiones que afectan a su tramitación.

La consecuencia directa del incumplimiento del plazo en cuestión es la prevista por el propio artículo 47 que señala, sin margen alguno a interpretación por el Consejo, que: *“El Consejo inadmitirá sin más trámites los recursos interpuestos fuera de plazo”*.

Por todo lo anterior el Consejo valora que dadas las circunstancias acreditadas en el presente caso el recurso se ha planteado fuera del plazo legal establecido para ello, y debe pues considerarse como un recurso extemporáneo.

TERCERO. Sobre el principio de seguridad jurídica, legalidad y confianza legítima.

Habiendo determinado el Consejo la extemporaneidad del recurso no es preciso añadir más fundamentación a su inadmisión. No obstante, aún cuando no lo fuera, el

planteamiento del recurrente debería determinar igualmente la inadmisión del recurso por falta de los requisitos del artículo 47.

El recurrente alega que la DI en su día ya incoó, instruyó y sobreseyó este expediente. Tales conclusiones las extrae de asimilar el término empleado por la DI en su comunicación del 4 de julio de 2008 de “cierre cautelar” al concepto de “sobreseimiento”. El recurrente valora que no existiendo, en su opinión, el concepto de “cierre cautelar, *“debería haber utilizado “sobreseimiento” ya que investigó, instruyó, calibró la prueba documental proporcionada y finalmente puso fin al expediente por no existir elementos que acreditasen que Grupo Bergé debiera haber notificado la consabida operación”*. Continúa en sus alegaciones señalando que el acto administrativo que se impugna les produce indefensión y perjuicios irreparables a sus intereses y derechos legítimos por cuanto vulnera los principios de seguridad jurídica y legalidad consagrados en el artículo 9 de la Constitución y el principio de confianza legítima de los actos emanados de la Administración.

Las alegaciones efectuadas por la recurrente carecen de fundamento, y por lo tanto no pueden ser admitidas, por fundarse en una errónea apreciación de la actuación impugnada y de los requisitos y garantías que le son exigibles. En efecto, 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 caso presente nos encontramos ante la aplicación del control de estructuras, sin que pueda por tanto, concluirse, como hace el recurrente, que ha habido un sobreseimiento, pues ni siquiera ha habido una incoación, requisito necesario para poder llegar a proponer un sobreseimiento.

Por todo ello, no termina de comprender este Consejo la relación existente entre las actuaciones preliminares que permiten valorar la procedencia de iniciar un procedimiento autorizador como es el de control de concentraciones 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.

La DI comunicó al recurrente, en el escrito de 4 de julio de 2008 que: *“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 el mismo escrito la DI le comunica que con la información disponible no se puede acreditar que la operación sea de notificación obligatoria, lo cual no puede en ningún caso ser interpretado, como hace el recurrente, como que la DI ha acreditado que la operación no es de notificación obligatoria. En conclusión, 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. Es decir, la recurrente fue advertida desde el primer momento que este proceso podría reabrirse si aparecieran nuevos elementos de juicio, que es precisamente lo que ha ocurrido. Ante estos nuevos elementos de juicio la actuación de la DI, ahora recurrida, tenía como objeto continuar con la investigación para poder corroborar la nueva información, y proceder según la valoración que resultase.*

Partiendo del argumento precedente, no puede apreciarse la existencia de perjuicio irreparable en el presente caso por un doble motivo. En primer lugar, porque, en el momento presente, no se ha iniciado procedimiento alguno, solo actuaciones preliminares y, por lo tanto, se desconoce si dicha iniciación va a tener lugar y cuáles van a ser sus efectos. Como resulta evidente, cuando el artículo 47 habla de perjuicios irreparables se refiere a aquéllos que tengan un carácter real y actual, por lo que tampoco podría admitirse tal alegación cuando hablemos de riesgos hipotéticos y futuros. Dicho de otro modo, no puede interponerse un recurso administrativo con carácter meramente preventivo y pretender que, con base en meras conjeturas, se proceda a la anulación del acto impugnado solo por la amenaza de una actuación que desconocemos si va a tener lugar. En segundo término, porque, 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 inseguridad jurídica, legalidad o confianza legítima por actos de la Administración.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo, por mayoría

RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir por extemporáneo el recurso interpuesto por BERGÉ y CIA, S.A. contra el requerimiento de información emitido por la Dirección de Investigación de la CNC el 10 de diciembre de 2009 con respecto a la adquisición por el grupo Bergé de Marítima Candina, S.L. y el acuerdo de la reapertura de las actuaciones preliminares seguidas en su momento (ACP/002/2008) en relación con dicha operación.

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.