

RESOLUCIÓN

(Expte. SNC/0015/11 GESTAMP/ESSA BONMOR)

CONSEJO:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D^a Paloma Ávila de Grado, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 30 de enero de 2012.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente la Consejera D^a María Jesús González López, ha dictado esta resolución en el expediente sancionador SNC/0015/11, GESTAMP/ESSA BONMOR, iniciado de oficio el 14 de septiembre de 2011 por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia contra GESTAMP y ESSA, por una posible infracción del artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 12 de agosto de 2011 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), notificación de la concentración económica consistente en la adquisición por parte de GESTAMP MANUFACTURING AUTOCHASIS, S.L. y GRUPO ESTAMPACIONES SABADELL, S.L. y BONMOR, S.L. del control conjunto sobre ESSA PALAU, S.A. (ESSA PALAU), que dio lugar al expediente de concentración C/0382/11 GESTAMP/ESSA/ESSA PALAU. En el marco de dicho expediente la Dirección de Investigación (DI) tuvo conocimiento de que la operación se había instrumentado mediante dos acuerdos de inversión, ambos firmados el 22 de julio de 2011 en unidad de acto, condicionando los efectos jurídicos del segundo de los acuerdos a la autorización de la operación por la CNC. Mediante el primer contrato, GESTAMP adquirió el 10% de ESSA PALAU y se introdujeron mayorías cualificadas, otorgando a todos los accionistas

derechos de veto en la aprobación de determinadas materias que, a juicio de la DI, otorgan a GESTAMP y a ESSA el control conjunto sobre ESSA PALAU a los efectos del artículo 7.1.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), desde ese mismo momento, y así lo recoge en su informe propuesta del expediente C/0382/11. Las notificantes argumentan que dichas materias nada tienen que ver con las materias que a efectos del derecho de la competencia permiten potencialmente ejercer el control sobre una empresa. Las notificantes no solicitaron el levantamiento de la obligación de suspensión de la operación, previsto en el artículo 9.6 de la LDC.

2. Con fecha 7 de septiembre de 2011, el Consejo de la CNC resolvió autorizar la Concentración C/0382/11 GESTAMP/ESSA/ESSA PALAU en primera fase por no presentar problemas para la competencia en los mercados afectados por la operación.
3. Mediante resolución de la Directora de Investigación de fecha 14 de septiembre de 2011, en virtud del artículo 70.2 de la LDC, se acordó incoar expediente sancionador contra GESTAMP MANUFACTURING AUTOCHASIS, S.L., GESTAMP AUTOMOCIÓN, S.L. (conjuntamente, GESTAMP, por ser parte de un mismo grupo), y contra GRUPO ESTAMPACIONES SABADELL, S.L.U. y BONMOR, S.L. (conjuntamente ESSA, por ser parte de un mismo grupo), por una infracción del artículo 9 de la LDC, notificándolo a las partes en la misma fecha de acuerdo con lo previsto en los artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como en el artículo 13.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.
4. Con fecha 30 de septiembre y 5 de octubre de 2011 tuvieron entrada en la CNC las alegaciones de GESTAMP y ESSA.
5. Tras el preceptivo trámite de alegaciones en fechas de 3 de octubre y 16 de noviembre de 2011, se incorporó al expediente de referencia, por ser de interés para la tramitación del mismo, determinada documentación que obraba en el expediente de concentración C/0382/11 GESTAMP / ESSA / ESSA PALAU.
6. El 25 de octubre de 2011 la DI requirió a GESTAMP y a ESSA información relacionada con su volumen de negocios, que tuvo entrada en la CNC el 7 de noviembre de 2011.
7. El 21 de noviembre de 2011, la DI emitió la Propuesta de Resolución que se transcribe a continuación, en el procedimiento sancionador SNC/0015/11 GESTAMP/ ESSA BONMOR, y que fue notificado a las partes el día 22 de noviembre, según lo previsto en el artículo 19 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, ya citado:

“Primero: Que por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia declare que la adquisición por GESTAMP MANUFACTURING AUTOCHASIS S.L. y GRUPO ESTAMPACIONES SABADELL S.L. y BONMOR S.L.

(conjuntamente ESSA, por ser parte de un mismo grupo) del control conjunto de ESSA PALAU S.A. el 22 de julio de 2011, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de la Competencia, supone una infracción de los artículos 9.1 y 62.3.d) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que serían responsables GESTAMP MANUFACTURING AUTOCHASIS, S.L. y su matriz al 100% GESTAMP AUTOMOCIÓN, S.L., y el GRUPO ESTAMPACIONES SABADELL S.L.U. y su matriz al 100% BONMOR, S.L.

Segundo: *Que se imponga de forma solidaria a GESTAMP MANUFACTURING AUTOCHASIS, S.L., así como a su matriz GESTAMP AUTOMOCIÓN, S.L., la sanción establecida en el artículo 63.1.b) de la citada Ley, que podrá alcanzar hasta un máximo de 158,5 millones de euros, equivalente al 5% del volumen de negocios total consolidado de GESTAMP AUTOMOCIÓN, S.L. en el ejercicio 2010, inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*

Tercero: *Que se imponga de forma solidaria a GRUPO ESTAMPACIONES SABADELL S.L.U, así como a su matriz BONMOR, S.L, la sanción establecida en el artículo 63.1.b) de la citada Ley, que podrá alcanzar hasta un máximo de 4,8 millones de euros, equivalente al 5% del volumen de negocios total del grupo ESSA en el ejercicio 2010 (incluyendo a ESSA PALAU), inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.”*

8. Las alegaciones de GESTAMP y ESSA a la Propuesta de Resolución tuvieron entrada en la CNC con fecha 20 de diciembre de 2011.
9. El 22 de diciembre de 2011 la DI elevó al Consejo la citada Propuesta de Resolución junto con las alegaciones a la misma, así como el expediente.
10. El Consejo de la CNC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 18 de enero de 2012.
11. Son partes interesadas:
 - GESTAMP MANUFACTURING AUTOCHASIS, S.L. y GESTAMP AUTOMOCIÓN, S.L.
 - GRUPO ESTAMPACIONES SABADELL S.L.U. y BONMOR, S.L.

HECHOS PROBADOS

1. La operación de Concentración GESTAMP/ESSA/ESSA PALAU notificada a la CNC el 12 de agosto de 2011, fue instrumentalizada a través de la firma de dos contratos en unidad de acto con fecha 22 de julio de 2011. En el primer contrato se recoge que no siendo posible esperar a que concluya el plazo

preceptivo de aprobación de la operación por las Autoridades de competencia, *atendiendo a las necesidades financieras urgentes* de ESSA Palau, las partes acuerdan que la operación de toma de participación de GESTAMP se estructure en dos tramos (folio 316 confidencial).

- a) El primer tramo de la operación consistió en la adquisición por parte de GESTAMP MANUFACTURING AUTOCHASIS, S.L. de un 10% de ESSA PALAU, articulándose mediante un contrato denominado "*Acuerdo de Inversión en Essa Palau – primer tramo*". Este acuerdo no contemplaba cláusulas suspensivas vinculadas a la preceptiva autorización de la Autoridad Nacional de la Competencia, habiéndose producido la transmisión de la propiedad de las acciones y el pago del precio pactado el mismo día de la firma del acuerdo.
- b) La segunda fase de la operación, se articuló mediante un contrato denominado "*Acuerdo de Inversión en Essa Palau, SA, (sujeto a condición suspensiva)*" que consistió en la adquisición por GESTAMP del 30% restante del capital social de ESSA PALAU. La ejecución de este segundo acuerdo estaba sujeta a la condición suspensiva de aprobación por parte de la Autoridad de Competencia.

2. La formalización del primer acuerdo y el pago del precio correspondiente se describen en la cláusula 2.3 del acuerdo:

"2.3. Compraventa de acciones.

Inmediatamente tras la firma de este contrato, GESTAMP y GrupoESTAMPACIONES Sabadell S.L.U. otorgarán una escritura de compraventa de acciones de la SOCIEDAD en virtud de la cual GESTAMP adquirirá [...] acciones propiedad de GrupoESTAMPACIONES Sabadell S.L.U., representativas del 10 % de su capital social, por el precio de [...] euros.

GESTAMP, en tanto que comprador, hará efectivo el precio mediante cheque bancario nominativo a favor de la SOCIEDAD, por cuenta de GrupoESTAMPACIONES Sabadell S.L.U., con el fin de que esta entidad pueda proceder al desembolso inmediato de los dividendos pasivos pendientes, celebrando Junta General de Accionistas a tal efecto."

3. Por otro lado y según se desprende del contenido del primer acuerdo de inversión, en el mismo se habrían introducido mayorías cualificadas que otorgan a todos los accionistas derechos de veto en la aprobación de determinadas materias. En particular, la cláusula 3.3 de dicho contrato, relativa al denominado periodo transitorio, establece las materias que requerirán el voto favorable del 91% del capital social en Junta General y del voto favorable de 4 consejeros de un total de 5, de los cuales dos son nombrados por GESTAMP. Las materias que exigen dichas mayorías son entre otras la aprobación de las cuentas anuales y aplicación del resultado así como la aprobación de operaciones que supongan endeudamiento financiero de la sociedad.

"3.3. Régimen de adopción de acuerdos en los órganos sociales.

Administración de las SOCIEDADES adoptarán los acuerdos de su competencia por mayoría. Ello no obstante, las materias que se relacionan a continuación requerirán del voto favorable del 91% del capital social en Junta General y del voto favorable de cuatro (4) Consejeros en el Consejo de Administración.

(i) Junta General:

[...]

10. Aprobación de las cuentas anuales y aplicación del resultado.

[...]

(ii) Consejo de Administración

[...]

5. Formulación de las cuentas anuales

[...]

7. Aprobación de operaciones que supongan endeudamiento financiero de la Sociedad por cualquier medio, incluyendo a título enumerativo créditos, préstamos, leasing o arrendamiento financiero, renting, factoring y confirming”

4. La operación de Concentración superaba el umbral previsto en el artículo 8.1.b) de la LDC ya que según el formulario de notificación la facturación del grupo GESTAMP y ESSA en España en 2010 superaba los 240 millones de euros y ambas facturan más de 60 millones de euros.
5. Con fecha 29 de julio de 2011, de acuerdo con información de la página web del Comité de empresa de ESSA Palau, GESTAMP habría procedido al nombramiento del gerente de la misma. En el apartado 3.4 del primer contrato ya consta la persona designada para este puesto así como el compromiso de los accionistas de votar favorablemente dicho nombramiento en el Consejo de Administración.
6. La operación de Concentración fue autorizada en primera fase por el Consejo de la CNC mediante resolución de 7 de septiembre de 2011, por no presentar ningún riesgo para la competencia efectiva en ninguno de los mercados afectados, de acuerdo con el informe y la propuesta remitidos por la Dirección de Investigación. No obstante dicha autorización, en el Informe se hacía constar que la misma era, *“sin perjuicio de que las partes habrían ejecutado la operación antes de su notificación a la CNC, dado que con el primer contrato de compraventa de 22 de julio de 2011, que ya se ha ejecutado, GESTAMP y ESSA BONMOR habrían adquirido el control conjunto de la entidad resultante.”*

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Sobre el objeto del expediente. La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DI en su informe-propuesta, GESTAMP y ESSA han incumplido la obligación impuesta por el artículo 9 de la Ley 15/2007, en virtud

del cual las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8 deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución. De ser así, esta conducta está tipificada en el artículo 62.3.d) como una infracción grave a la LDC, por lo que el Consejo de la CNC podría imponer sanciones por un valor que no supere el 5% del volumen de negocios de la empresa infractora.

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

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

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

SEGUNDO.- Sobre el elemento objetivo del tipo infractor previsto por el artículo 62.3 d) de la LDC. En cuanto al primero de los requisitos, el relativo a la obligación de notificar la operación ante la CNC, el análisis de la operación (C/0382/11 GESTAMP/ESSA/ESSA PALAU) que este Consejo autorizó por Resolución 7 de septiembre de 2011, pone de manifiesto que la obligación de notificación existía desde el mismo momento de la firma del contrato inicial, ya que, como se señala en el Informe-Propuesta de la Dirección de Investigación y se constata en los hechos anteriormente acreditados, la operación era única y de obligada notificación puesto que superaba el umbral de volumen de negocios establecido en el artículo 8.1 a) de la LDC y, al margen de cómo fuera estructurada, GESTAMP adquirió ya por el primer contrato unos derechos de veto sobre una lista de materias (recogidas en la cláusula 3.3 del primer acuerdo de inversión antes descrito), que le habrían conferido el control de la empresa adquirida, junto con ESSA, desde ese mismo momento.

En efecto de la redacción de dicha cláusula se deduce que, a los efectos de Derecho de la Competencia GESTAMP y ESSA adquirieron el control conjunto de ESSA PALAU el 22 de junio de 2011.

Las partes insistentemente han rebatido que la controvertida cláusula antes referida constituya a los efectos del control de concentraciones una operación de concentración en el sentido de lo establecido en el artículo 7.1.c) LDC al considerar que el control conjunto se obtiene mediante el segundo acuerdo, cuyos efectos jurídicos estuvieron suspendidos hasta resolución de la CNC.

Este Consejo considera que de la lectura del primero de los acuerdos puede constatar, tal como recoge la DI en su Informe, que desde el día de su firma ya se le confirió de facto a GESTAMP, junto con ESSA, la capacidad de bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de ESSA PALAU, tales como la aprobación de operaciones que supongan endeudamiento financiero de la sociedad, junto con otras como la aprobación de las cuentas anuales o el nombramiento de personal en la citada empresa.

Concretamente, respecto a la capacidad de GESTAMP para vetar cualquier decisión de ESSA PALAU que suponga un endeudamiento financiero, se considera que, coincidiendo con lo argumentado por la DI, la mayoría de las empresas recurren al endeudamiento financiero para operar diariamente, por lo que un derecho de veto sobre esta materia, sin límite de cuantía por su propia naturaleza, comprometen directamente y en cualquier mercado en el que desarrolle su actividad la empresa, su capacidad de competir, máxime teniendo en cuenta la situación de crisis financiera en la que se encontraba esta empresa adquirida en julio de 2011. A esta capacidad de influencia decisiva sobre lo que puede considerarse como una decisión estratégica de cualquier empresa, se le añade la línea de crédito de 2,5 millones de euros facilitada por GESTAMP a la adquirida, lo que incrementaría tal capacidad de influencia.

Lo anterior quedaría reforzado si se valora igualmente el posible ejercicio de un derecho de veto sobre las cuentas anuales cuestión que, además de tener consecuencias administrativas, afectaría a la estrategia empresarial de la empresa adquirida, particularmente, generando una situación de desconfianza e incertidumbre a sus clientes perjudicando las relaciones comerciales con éstos y, por tanto, al normal funcionamiento de la empresa, siendo además la aprobación de las cuentas la plasmación de las decisiones estratégicas de la empresa. Adicionalmente, debe considerarse que según la publicación en la página web del comité de empresa adquirida, GESTAMP habría nombrado al gerente de la planta de la misma.

Las partes coinciden en este punto al negar la posibilidad de influencia sobre la política estratégica de ESSA PALAU al sostener, por un lado, que las operaciones de endeudamiento no constituyen un elemento importante de la estrategia comercial y que, en cualquier caso, el derecho de veto sirve para proteger los intereses de GESTAMP como acreedor; y que, por otro lado, la formulación de las cuentas anuales es una exigencia contable y financiera de la empresa y que sólo afecta a las

relaciones de ésta con sus accionistas y no así a su estrategia comercial. Igualmente apuntan que el personal nombrado por GESTAMP no tienen competencias que puedan ejercer una influencia decisiva sobre la política comercial de ESSA PALAU.

En este sentido, cabe recordar lo establecido en el párrafo 66 de la Comunicación Consolidada de la Comisión Europea sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre los derechos de veto que confieren el control a la empresa adquiriente estos *“deben referirse a las decisiones estratégicas sobre la política comercial de la empresa en participación y deben ser más completos que los derechos de veto generalmente concedidos a los accionistas minoritarios a fin de proteger sus intereses financieros como inversores de la empresa en participación.”*

Asimismo en su párrafo 73 determina que *“A la hora de establecer la importancia relativa de los derechos de veto, cuando existan varios de estos derechos, no deberían analizarse por separado. Por el contrario, para demostrar la existencia o no de control conjunto debe efectuarse una valoración global. No obstante, un derecho de veto que no se refiera a la política estratégica comercial, al nombramiento de altos directivos o al presupuesto o al plan de negocios no puede considerarse que confiera el control conjunto a su titular.”*

Por tanto, a partir de las premisas que se dejan expuestas y haciendo una valoración global de las materias sobre las que se otorgaban unos derechos de veto sobre la política estratégica de la adquirida que excederían de la protección de los intereses de los accionistas minoritarios, se aprecia la existencia de un control conjunto de facto de ESSA PALAU por parte de ESSA y GESTAMP, lo que a efectos de la normativa de competencia, constituye una operación de Concentración efectiva, en este caso, desde la firma del contrato.

Y es un hecho pacífico que las notificantes ejecutaron el primer contrato y a los efectos que aquí interesan, la operación de Concentración GESTAMP / ESSA / ESSA PALAU, fue ejecutada el 22 de julio de 2011, y que la misma no fue notificada a la CNC hasta el 12 de agosto de 2011.

Por todo lo anterior, debe concluirse que las partes acometieron y ejecutaron desde 22 de julio de 2011 una concentración a los efectos de la LDC, ya que desde ese momento se atribuyeron unos derechos de veto que pueden influir en la estrategia comercial de la empresa participada. Y lo hicieron sin proceder a su notificación, ni esperar la autorización preceptiva.

En definitiva, el Consejo considera que los hechos tipificados como infracción administrativa por el artículo 62.3.d) de la LDC concurren en el presente caso y que, por lo tanto, la conducta ilícita existe, sin perjuicio del carácter con el que ha intervenido en dicha conducta el imputado, cuestión esta que se examinará a continuación.

TERCERO.- Elemento subjetivo del tipo: carácter doloso o negligente de la conducta. En cuanto al elemento subjetivo del tipo, la culpabilidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, viene afirmando que los principios

del Derecho penal son de aplicación con matizaciones, al Derecho administrativo sancionador. En este sentido, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso, de al menos, un principio de culpa (STC 246/1991; STS 26-03-86 entre otras).

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

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

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

Teniendo en cuenta lo precedente, a la hora de analizar si GESTAMP y ESSA son culpables, en los hechos que motivan el presente expediente, existen una serie de circunstancias que, a juicio del Consejo, son manifiestamente reveladoras de dicha responsabilidad, como se deduce de la planificación de la operación que consta en el primer contrato como se describe en el HP 1.

Se aprecia que GESTAMP y ESSA han llevado a cabo una actuación poco diligente en relación con el análisis de la obligación de notificación del primer tramo de la operación de Concentración, pues para solventar las dudas sobre si existía o no la obligación de notificar la operación podrían, como apunta la DI, haber hecho uso de la figura de la Consulta Previa a la CNC prevista en la LDC.

En este sentido, este Consejo ya ha señalado en varias ocasiones (véase en este sentido, la Resolución de 20 de julio de 2010, BERGÉ/MARITIMA CANDINA; o la Resolución de 22 de julio de 2011, DORF KETAL) que la Ley de Defensa de la Competencia pone a disposición de las empresas determinados instrumentos, como es la prenotificación y la consulta previa previstas respectivamente por los artículos 56.2 y 59 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que permiten verificar la obligación de notificación de la operación de Concentración y que, en el presente caso, GESTAMP y ESSA no han utilizado.

Por otra parte, no pueden ampararse las notificantes en la situación de extrema precariedad financiera de la adquirida para eludir la obligación de notificación prevista en la normativa de competencia, y menos aún puede aceptarse que una operación de toma de control trate de enmascarse mediante la fragmentación de la operación en dos partes, cuando las cláusulas del primer contrato conceden dicho control a la adquirente. Porque según el artículo 7 de la LDC, la obligación de

notificación y de autorización previa existe desde el momento en que se produce un cambio estable del control de una empresa, cambio que en el caso de ESSA PALAU se ha producido desde el mismo momento en que fue ejecutivo el primer contrato, es decir, desde el 22 de julio de 2011.

Tampoco puede aceptar este Consejo la alegación de GESTAMP al declarar que el procedimiento de consulta del art. 52 LDC no habría sido posible, pues el tiempo para resolver la consulta habría excedido del tiempo disponible para evitar un posible riesgo de quiebra, debido a la gran urgencia que suponía la muy delicada situación financiera de ESSA PALAU.

Lo que es indiscutible es que existía la obligación de notificación y que era conocida por las partes y que, la urgencia de implementar determinadas medidas a que alude, podría, en su caso, ser contemplada en el marco de la pertinente solicitud de levantamiento de la suspensión una vez realizada la notificación.

A juicio de este Consejo, las empresas notificantes, tendrían que haber puesto la diligencia necesaria a la hora de instrumentalizar la operación y en el cumplimiento de las obligaciones que, en materia de control de concentraciones, incumben a toda empresa que realiza operaciones jurídicas que, por su naturaleza, pueden quedar sometidas a autorización de la CNC puesto que contaban con los conocimientos técnicos, los medios materiales y humanos y la experiencia en la notificación de operaciones de concentración.

Sobre la base precedente se considera que no cabe duda de que el elemento subjetivo de la infracción está presente en el supuesto que nos ocupa, al menos en su forma más leve de negligencia.

CUARTO.- Sobre el importe de la sanción. Resuelta la existencia de una infracción a la LDC por incumplimiento de su artículo 9 y establecida la responsabilidad de las partes obligadas a la notificación, los responsables de dicho incumplimiento son acreedores de una sanción sobre la base del artículo 63 de la LDC. Una infracción de esta clase está tipificada como una infracción grave en el artículo 62.3.d), por lo que el límite máximo a la sanción debe situarse en el 5% del volumen de negocios total de la empresa o empresas infractoras.

Las partes invocan en sus escritos de alegaciones la ausencia de intención infractora y su actuación conforme a los principios de confianza legítima y buena fe como circunstancias a tener en cuenta a la hora de imponer eventualmente una sanción económica.

GESTAMP y ESSA manifiestan que no hubo ánimo alguno de ocultar la extensión de la operación a la autoridad de competencia ya que el segundo tramo del acuerdo fue notificado a dicha autoridad con anterioridad a su ejecución. Argumentan, igualmente, que eran plenamente conscientes de su obligación de notificar la operación, tal como se manifiesta en el propio contrato:

“De conformidad con lo previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la toma de participación por parte de GESTAMP en los términos convenidos inhiere de la previa notificación de la operación a la

Comisión Nacional de la Competencia para su aprobación, quedando por tanto en suspenso todos sus efectos”.

Así pues explican que siendo concedoras de que debía someter la operación de Concentración, (esto es, la participación final del 40 % del capital de la adquirida por parte de GESTAMP) al control de la autoridad de competencia, y que en su intento de conjugar la obligación de notificación con la necesidad urgente de inyectar liquidez en ESSA PALAU, llevaron a dividir temporalmente la inversión en ESSA PALAU y a celebrar dos acuerdos, ya que se hacía imposible esperar a la resolución de la autoridad de competencia por las imperiosas necesidades financieras a corto plazo ya expuestas.

A juicio de ESSA, se tomaron las máximas precauciones para respetar las exigencias de la normativa del control de concentraciones, entendiéndose que sólo se confería el control conjunto en su segundo tramo, siendo éste el sujeto a la preceptiva condición suspensiva que condicionaba su ejecución a la aprobación de la operación por parte de la CNC.

En este sentido, debe remarcarse que con independencia de cual sea la razón por la que se instrumente de esa manera la operación, la falta de intencionalidad infractora no significa que deba atenderse como una circunstancia atenuante.

A este respecto, cabe recordar lo ya señalado por este Consejo en su Resolución de 26 de enero de 2010 (Expte. SNC/0003/09 ABERTIS-TRADIA) respecto de las notificaciones extemporáneas tras el requerimiento de la CNC, al señalar que, *"Ley establece que el momento en el que debe presentarse la notificación de una operación de concentración ante la CNC debe ser anterior a su ejecución, y eso es lo que se ha incumplido por parte de las actoras. No pueden pretender estas que el haber notificado después de ejecutarla y previa comunicación de la CNC de que la operación era susceptible de notificación obligatoria, pueda ser ahora considerado como circunstancia atenuante"*.

A juicio de este Consejo no puede aceptarse la alegación de las partes de haber actuado en convencimiento de estar cumpliendo con la legalidad. Ha quedado acreditado que el primer acuerdo es una Concentración a los efectos de la LDC y que dicha operación fue ejecutada con anterioridad a su notificación. Asimismo es patente que las partes tenían conocimiento y experiencia en el control de concentraciones como lo demuestra la organización de la operación y la suspensión de la ejecutividad del segundo contrato, siendo su comportamiento cuando menos negligente al no realizar la notificación y solicitar, en su caso, y sobre la base de las alegadas razones de urgencia por la situación financiera de la adquirida, el levantamiento de la suspensión.

Por otro lado, respecto al principio de confianza legítima, las partes consideran que se ha producido un cambio en el criterio que la CNC ha venido utilizando a la hora de analizar las operaciones de concentración. Este argumento no puede prosperar pues, tal y como se ha expuesto en esta Resolución, de la operación aquí analizada se aprecia que se confirió el control conjunto a GESTAMP y ESSA BONMOR sobre

ESSA PALAU desde la firma del primer acuerdo al estipularse unos derechos de veto que creaban la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las decisiones estratégicas de la adquirida.

Por las razones expuestas, este Consejo coincide con la DI en que no se aprecian que concurren circunstancias atenuantes en el presente expediente. No obstante, las anteriores circunstancias alegadas por las partes han sido tenidas en cuenta por el Consejo en la fijación del tipo aplicado para el cálculo de la sanción.

En conclusión, este Consejo, considera que las empresas notificantes han cometido una infracción del artículo 9.2 de la LDC, por haber ejecutado una operación de Concentración de las previstas en el artículo 7.1 c), sin haberla notificado a las Autoridades de competencia y por tanto, sin contar con la autorización previa preceptiva. Dicha infracción debe ser calificada como grave según el artículo 62.3. d) de la LDC y por tanto las empresas responsables son acreedoras de una sanción comprendida en los límites fijados en el artículo 63.1, b).

Para fijar el importe de la sanción el Consejo ha tenido en cuenta que, si bien la ejecución del primer contrato, y por tanto la toma de control por parte de GESTAMP sobre ESSA PALAU fue ejecutada sin previa notificación, las partes procedieron a la notificación del conjunto de la operación posteriormente, siendo esta notificación la que dio lugar al conocimiento de la presente infracción. Por otra parte la operación de Concentración fue autorizada en primera fase por Resolución de este Consejo de 7 de septiembre de 2011, por no tener efectos perjudiciales sobre la competencia efectiva. Y si bien estas circunstancias no pueden considerarse como atenuantes, han sido tenidas en cuenta en la modulación del importe de la sanción.

Por todo ello, este Consejo, atendiendo a los principios de disuasión y de proporcionalidad, considera adecuado para la fijación de la multa pecuniaria, aplicar un tipo del 0,2% sobre el volumen de negocios en el mercado relevante de la empresa adquirida, ESSA PALAU, que asciende a [...] millones de euros, lo que resulta en una sanción única y solidaria a las notificantes de 124.400 euros.

En la medida en que la obligación de notificación de la operación de concentración en cuestión correspondía conjuntamente a GESTAMP MANUFACTURING AUTOCHASIS, S.L. y GRUPO ESTAMPACIONES SABADELL S.L.U., la responsabilidad por su incumplimiento debe corresponder a ambas solidariamente.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que las matrices de las sociedades obligadas a la notificación, GESTAMP AUTOMOCIÓN, S.L. y BONMOR, ostentan el 100% de las acciones de las filiales sometidas a la obligación de notificación, debe entenderse, como viene declarando de forma constante la doctrina comunitaria (por todas la Sentencia del TJ de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08), que existe una presunción iuris tantum de control de las primeras sobre las segundas que, tratándose de comisión de infracciones, debe determinar la solidaridad entre ambas en la responsabilidad. No habiéndose desvirtuado dicha presunción, es de aplicación el artículo 61.2 de la LDC, conforme al cual "la actuación de una empresa es

también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que la ejecución, el 22 de julio de 2011, sin autorización previa, de la operación de Concentración Económica consistente en la adquisición por parte de GESTAMP MANUFACTURING AUTOCHASIS, S.L. y GRUPO ESTAMPACIONES SABADELL, S.L. y BONMOR S.L. del control conjunto sobre ESSA PALAU, S.A. (ESSA PALAU), supone una infracción del artículo 9.2 de la LDC, de la que son responsables GESTAMP MANUFACTURING AUTOCHASIS, S.L. y su matriz al 100% GESTAMP AUTOMOCIÓN, S.L., y el GRUPO ESTAMPACIONES SABADELL, S.L.U. y su matriz al 100% BONMOR, S.L.

SEGUNDO.- Imponer, una multa de 124.400 euros (Ciento veinticuatro mil cuatrocientos euros) de la que respondan solidariamente GESTAMP MANUFACTURING AUTOCHASIS, S.L., GESTAMP AUTOMOCIÓN, S.L., el GRUPO ESTAMPACIONES SABADELL S.L.U. y BONMOR, S.L.

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

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a GESTAMP MANUFACTURING AUTOCHASIS, S.L., GESTAMP AUTOMOCIÓN, S.L., GRUPO ESTAMPACIONES SABADELL, S.L.U. y BONMOR, S.L., haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.