

RESOLUCION

(Expediente SNC/0008/10 TOMPLA)

CONSEJO

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

En Madrid, a 17 de mayo de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante, “el Consejo”, con la composición expresada y siendo Consejero Ponente D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente Sancionador SNC/0008/10 propuesto e instruido por la Dirección de Investigación contra MANUFACTURAS TOMPLA S.A. (en adelante, “Tompla”), conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPEPS), por una presunta infracción del artículo 9.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), tipificada en el apartado 3.d) del artículo 62 de la misma Ley.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 5 de noviembre de 2010 tuvo entrada en la CNC escrito en nombre de Tompla por el cual se comunicaba la ejecución, con fecha 15 de julio de 2010, de la adquisición por Tompla de la sociedad MAESPA MANIPULADOS S.L. (en adelante, “Maespa”) Según el citado escrito, esta operación habría dado lugar a la circunstancia prevista en el artículo 8.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), sin que en su momento fuera notificada a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).
2. A la vista de lo anterior, y con el fin de determinar si la notificación de la citada operación era o no preceptiva conforme a lo establecido en los artículos 7, 8 y 9 LDC, la Dirección de Investigación (DI) decidió la apertura de las actuaciones preliminares ACP 13/2010.

3. El 15 de noviembre de 2010 tuvo entrada en la CNC notificación relativa a la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de Tompla del control exclusivo de Maespa, dando lugar al expediente de concentración C-0299/10 TOMPLA/MAESPA y dejando sin objeto las citadas actuaciones preliminares, que fueron cerradas. Dicha notificación fue realizada por Tompla según lo establecido en el artículo 9 LDC, por superar el umbral establecido en el artículo 8.1.a) de dicha norma.
4. Con fecha 3 de diciembre de 2010, la DI acordó incoar expediente sancionador contra Tompla por la posible comisión de la infracción prevista en el artículo 62.3.d) de la LDC, incoación que dio lugar al expediente de referencia SNC 0008/10.
5. El 9 de diciembre de 2010, en cumplimiento de lo dispuesto 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 del artículo 13.2 del RPEPS, se notificó a Tompla el acuerdo de incoación, al objeto de que pudieran presentar alegaciones frente a los cargos formulados por la CNC.
6. El 15 de diciembre de 2010, el Consejo de la CNC dictó resolución autorizando la operación de concentración C-0299/10 TOMPLA/MAESPA, en primera fase y sin compromisos. Tanto esta resolución como el Informe de la DI elaborado en el marco del citado expediente concluyeron que la operación de concentración era notificable por superar el umbral recogido en el artículo 8.1.a) de la LDC.
7. Mediante escrito de fecha 27 de diciembre de 2010 dirigido a la DI, Tompla reconoce su responsabilidad en relación a la infracción imputada, al tiempo que alega la concurrencia de una serie de circunstancias que considera atenuantes de la misma. Tompla finaliza su escrito de alegaciones manifestando que *“el reconocimiento de responsabilidad y la consiguiente colaboración activa y eficaz por parte de MANUFACTURAS TOMPLA en el presente expediente sancionador, junto con los demás factores y circunstancias atenuantes descritos en el presente escrito, justifican que se imponga a MANUFACTURAS TOMPLA una sanción de carácter meramente simbólico”*.
8. En su Propuesta de resolución de 18 de febrero de 2011 (en lo sucesivo, “la Propuesta”), la DI subrayaba que, en virtud de este reconocimiento de responsabilidad por parte de Tompla, *“no exist[ía] discrepancia entre la valoración jurídica de esta Dirección de Investigación y la de la propia interesada”* y concluía que *“con fecha 15 de julio de 2010, TOMPLA ha incurrido en una vulneración de la obligación prevista en el artículo 9.1 de la LDC, y, por tanto, es responsable de la infracción grave tipificada en el artículo 62.3.d) de la LDC, ...”* (apdo. 19).
9. Respecto a la posible sanción a imponer, la DI, ajustándose al límite máximo de la sanción establecido el artículo 63.1. b) de la LDC para las infracciones graves, señalaba que *“Teniendo en cuenta la facturación de*

TOMPLA en 2009¹, esta sanción máxima sería de hasta [>10 millones] euros, y en 2010² sería de hasta [>10 millones] euros” (apdo. 21 de la Propuesta), indicando que, a la hora de determinar el importe de la sanción, debían considerarse, junto al principio de proporcionalidad, los criterios de cuantificación de multas recogidos en el artículo 64 de la LDC.

10. Finalmente, la DI efectúa la siguiente propuesta:

*“**Primero:** Que por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia se declare que la adquisición por MANUFACTURAS TOMPLA, S.A. del control exclusivo de MAESPA MANIPULADOS, S.L. el 15 de julio de 2010, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de la Competencia, supone una infracción grave del artículo 62.3.d) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a MANUFACTURAS TOMPLA, S.A.*

***Segundo:** Que se imponga a MANUFACTURAS TOMPLA, S.A., la sanción establecida en el artículo 63.1.b) de la citada Ley, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la multa propuestos”.*

- 11.** El asunto ha sido tramitado de acuerdo con el procedimiento previsto en los Capítulos II a IV del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.
- 12.** El Consejo deliberó y falló este asunto en la Sesión celebrada el día 27 de abril de 2011.
- 13.** Es interesado MANUFACTURAS TOMPLA S.A.

HECHOS PROBADOS

- 1.** Con fecha 15 de julio de 2010 Tompla ejecutó una concentración económica, de acuerdo con la definición de concentración prevista en el artículo 7 de la LDC, mediante la adquisición del control sobre la totalidad de Maespa. Esa concentración era de obligada notificación por superar el umbral previsto en el artículo 8.1.a) de la LDC.
- 2.** La CNC no tuvo noticia de esta operación hasta la recepción del escrito remitido por Tompla con fecha 5 de noviembre de 2010, en el que reconoce que la operación debió haber sido notificada al superarse el umbral establecido en el artículo 8.1.a) LDC.

¹ Según la notificación de la operación C-0299/10 TOMPLA/MAESPA, la facturación de Tompla en 2009 fue de [<250 millones] euros.

² Según la información aportada por Tompla a requerimiento de la DI, su facturación total en 2010 fue de [<250 millones] euros, si bien se trata de una cifra provisional pendiente de auditoría.

3. Tompla notificó la citada operación de forma voluntaria con fecha 15 de noviembre de 2010, dando lugar al expediente C-0299/10 TOMPLA/MAESPA.
4. Tras analizar la operación, la DI emitió el preceptivo Informe de concentración (IC), en cuya valoración se indicaba que

“(47) En el ámbito nacional, TOMPLA alcanza tras la operación una cuota en el mercado de sobres del [40-50] % (adición del [0-10] %). Las cuotas resultantes en los mercados estrechos de sobres blancos y sobres pre-impresos son, respectivamente, [40-50] % (adición del [0-10] %) y [40-50] % (adición del [0-10] %).”

“(48) Así, como resultado de esta adquisición, TOMPLA refuerza su posición de liderazgo en el mercado español, si bien es cierto que la adición de cuotas es moderada (sólo en el mercado estrecho de sobres pre-impresos supera ligeramente el [0-10] %), por lo que el impacto sobre la estructura de oferta es limitado”,

y se concluía que

“(52) Teniendo en cuenta todo lo anterior, no cabe esperar que la operación suponga una amenaza para la competencia en los mercados analizados, por lo que es susceptible de ser aprobada en primera fase sin compromisos”.

5. Con fecha 15 de diciembre de 2010 el Consejo dictó resolución en el expediente C-0299/10 autorizando en primera fase la citada operación de concentración, al estar de acuerdo con la valoración de la misma efectuada por la DI en el correspondiente Informe.
6. De acuerdo con lo previsto en su Disposición Adicional Sexagésima, el 6 de marzo de 2011 entró en vigor la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible. En la Disposición Final Tercera de dicha Ley se procedía a modificar –entre otros preceptos- el artículo 8.1 de la LDC, quedando con el siguiente contenido:

«1. El procedimiento de control previsto en la presente ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:

- a) *Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.*

Quedan exentas del procedimiento de control todas aquellas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en ésta letra a), el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

- b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.»*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objetivo de la Resolución

La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como propone la DI, Tompla, al llevar a cabo la toma de control exclusivo de Maespa sin haberlo comunicado previamente a la CNC, ha incurrido en la infracción grave contemplada en el artículo 62.3.d) LDC. En tal caso, el Consejo de la CNC podría imponer la sanción prevista en el artículo 63.1.b) por un valor que no supere el 5% del volumen de negocios de la empresa infractora.

El artículo 7 LDC define lo que debe entenderse por una concentración económica a efectos de aplicación de la normativa en vigor. El artículo 8.1 a) LDC señala como una de las circunstancias que dan lugar a la aplicación del control previsto en dicha Ley para las concentraciones económicas la de que *“como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo”*. A su vez, el artículo 9.1 LDC establece que *“Las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo anterior deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución”*.

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.”

Así pues, 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 a través de la cual se instrumenta la concentración.

SEGUNDO.- Concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo del tipo infractor del artículo 62.3 d) LDC

Respecto al primero de los requisitos, el relativo a la notificabilidad de la operación, al autorizar la operación de concentración mediante su Resolución de 15 de diciembre de 2010 (C/0299/10, TOMPLA/MAESPA), este Consejo ha dejado claro que la obligación de notificación existía, ya que, como se señala en el Informe de la DI, la operación de concentración superaba el umbral del 30% establecido en el artículo 8.1 a) de la LDC.

En relación con el segundo de los requisitos, no cabe duda alguna sobre su apreciación, ya que la operación de concentración fue ejecutada por Tompla el 15 de julio de 2010, no siendo notificada a la CNC hasta el 15 de noviembre de 2010, es decir, cuatro meses después.

En definitiva, puede afirmarse taxativamente que los hechos tipificados como infracción administrativa por el artículo 62.3.d) LDC concurren en el presente caso y que, por lo tanto, la conducta ilícita existe.

Por lo que al elemento subjetivo se refiere, en el caso presente no hay discusión respecto a la responsabilidad de Tompla en la comisión de la infracción del artículo 62.3.d) LDC antes apuntada, puesto que ha sido reconocida voluntariamente por la propia imputada.

TERCERO.- Sanción

Del relato de hechos probados contenidos en la presente resolución cabe concluir que TOMPLA ha incurrido en una vulneración de la obligación prevista en el artículo 9.1 de la LDC, y, por tanto, resultaría responsable de la infracción grave tipificada en el artículo 62.3.d) de la LDC, transcrito anteriormente.

No obstante, como se ha señalado en el Antecedente de Hecho Sexto, durante la tramitación del presente procedimiento sancionador entró en vigor la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuya Disposición Final Tercera modifica el artículo 8.1 de la LDC. Dicha modificación declara exentas del procedimiento de control todas aquéllas concentraciones económicas en las que, aun superando el umbral de cuota de mercado establecido en la misma letra a) de dicho artículo 8, el volumen de negocios global en España de la

sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados.

De conformidad con esta modificación, la concentración económica origen de este procedimiento sancionador ejecutada el 15 de julio de 2010 solo sería notificable a día de hoy en determinadas circunstancias, al no superar el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida la cantidad de 10 millones de euros y únicamente alcanzar una cuota igual o superior al 50 por ciento en uno de los mercados afectados, como queda acreditado en el preceptivo Informe y Propuesta de resolución realizado por la DI, en cuya valoración se indica que la facturación de Maespa en 2009 fue de 5.350.000 euros (en España y también a nivel mundial) y que *“(47) En el ámbito nacional, TOMPLA alcanza tras la operación una cuota en el mercado de sobres del [40-50] % (adición del [0-10] %). Las cuotas resultantes en los mercados estrechos de sobres blancos y sobres pre-impresos son, respectivamente, [40-50] % (adición del [0-10] %) y [40-50] % (adición del [0-10] %)”*.

Pues bien, sin perjuicio de que este Consejo considere, como ha puesto de manifiesto entre otras en sus resoluciones de 9 de abril de 2010 (Expte. SNC/0005/09, CONSENUR/ECOTEC) y de 29 de julio de 2010 (Expte. SNC/0006/10, BERGÉ/MARÍTIMA CANDINA) que la falta de notificación de una operación de concentración constituye una infracción de la LDC que debe ser sancionada con especialidad severidad, precisamente para evitar dejar al arbitrio de los afectados la decisión sobre cuándo y cómo se debe notificar, o incluso sobre si se debe notificar, entiende que en este caso concurren circunstancias excepcionales que deben ser tenidas en cuenta para valorar las consecuencias jurídicas que deben derivarse de la infracción.

En particular, teniendo en cuenta la excepcionalidad de la consideración precedente, pero también el comportamiento de la propia empresa, que primero puso en conocimiento y notificó de forma voluntaria a la CNC la ejecución de la concentración no notificada, y luego en el marco de este procedimiento sancionador colaboró de forma activa y eficaz con la Dirección de Investigación reconociendo su responsabilidad en la infracción que se le imputa, comportamientos que se deben considerar atenuantes y que, en conjunción con la excepcionalidad del supuesto, hacen que el Consejo considere que resulta ajustada a Derecho la imposición de una sanción simbólica de 3000 Euros.

Por todo lo expuesto anteriormente, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que MANUFACTURAS TOMPLA S.A. ha infringido el artículo 9.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al no haber notificado a la Comisión Nacional de la Competencia la adquisición de MAESPA MANIPULADOS S.L. previamente a su ejecución. Dicha infracción está calificada como grave por el artículo 62.3.d) de la misma Ley.

SEGUNDO.- Imponer a MANUFACTURAS TOMPLA S.A. la sanción de tres mil euros (3.000 €).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a MANUFACTURAS TOMPLA S.A. haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso- administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde el siguiente día al de su notificación.