

RESOLUCIÓN

CAPSA-FLOR DE BURGOS

SNC/DC/045/24

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 18 de diciembre de 2024

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente de referencia incoado por la Dirección de Competencia contra CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA S.A. (**CAPSA**) por una infracción grave del artículo 62.3.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia la Ley 15/2007 (**LDC**).

TABLA DE CONTENIDO

1. Antecedentes	2
2. La parte	3
2.1. CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A. (CAPSA)	3
3. HECHOS ACREDITADOS	4
3.1. Ejecución de la concentración económica con fecha 27 de diciembre de 2023.....	4
3.2. La operación de concentración era de obligada notificación	4
3.3. La operación de concentración fue notificada y posteriormente autorizada en primera fase sin compromisos	5
4. FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
4.1. Habilitación competencial y objeto del expediente	5
4.2. Tipificación de la conducta.....	6
4.2.1. Principios generales.....	6
4.3. Responsabilidad y culpabilidad de CAPSA	7
4.4. Sobre las alegaciones de nulidad del procedimiento sancionador.....	9
4.5. Determinación de la sanción	13
5. RESUELVE.....	16

1. ANTECEDENTES

- (1) Con fecha 11 de marzo de 2024, la Dirección de Competencia tuvo conocimiento durante la fase de análisis y valoración preliminar de la operación consistente en la adquisición por parte de CAPSA de control exclusivo de Lácteas Flor de Burgos S.L. (**FLOR BURGOS**) de que había sido totalmente ejecutada (folios 474 a 541).
- (2) Con fecha 8 de abril de 2024, CAPSA procedió a la notificación formal de la operación ante la CNMC, que fue registrada bajo el número C/1459/24 (folios 1 a 246). A la vista de la información aportada por CAPSA, la Dirección de Competencia verificó que la operación cumplía los umbrales de notificación establecidos en el artículo 8.1.b) de la LDC.
- (3) Con fecha 17 de abril de 2024 la operación fue aprobada en primera fase mediante resolución de la Sala de Competencia de la CNMC¹.
- (4) La Dirección de Competencia dictó con fecha 24 de septiembre de 2024 el acuerdo de incoación del expediente sancionador SNC/DC/045/24 a CAPSA, de conformidad con lo establecido en el artículo 70.2 de la LDC, por la posible

¹ Resolución de la Sala de Competencia de 17 de abril de 2024 en el expediente [C/1459/24](#) CAPSA/FLOR DE BURGOS.

comisión de una infracción prevista en el artículo 62.3.b) de la LDC (folios 247 a 251).

- (5) Con fecha 14 de octubre de 2024, la Dirección de Competencia notificó la propuesta de resolución a CAPSA (folios 269 a 281) y la elevó al Consejo de la CNMC (folio 282).
- (6) Con fecha 29 de octubre de 2024, CAPSA presentó un escrito de alegaciones a la propuesta de resolución (folios 292 a 301).
- (7) Con fecha 30 de octubre de 2024, tras haberse constatado que la propuesta de resolución había sido elevada a la Sala de Competencia con anterioridad al vencimiento del plazo para presentar alegaciones al acuerdo de incoación, la Sala de Competencia acordó retrotraer el procedimiento para conceder el plazo restante (folios 302 a 306).
- (8) En cumplimiento de dicha resolución, con fecha 30 de octubre de 2024, la Dirección de Competencia acordó conceder a CAPSA el plazo restante de 13 días para presentar alegaciones al acuerdo de incoación (folios 309 a 311).
- (9) Con fecha 14 de noviembre de 2024 tuvieron entrada las alegaciones de CAPSA al acuerdo de incoación (folios 312 a 450).
- (10) Con fecha 15 de noviembre de 2024, la Dirección de Competencia notificó la propuesta de resolución (folios 451 a 463) y la elevó al Consejo de la CNMC (folio 464), en la que proponía sancionar a CAPSA por infracción del artículo 62.3.b) LDC.
- (11) El 2 de diciembre de 2024 se incorporó documentación al expediente (folios 474 a 541)
- (12) Esta Sala ha deliberado y resuelto este expediente en su reunión de 18 de diciembre de 2024.

2. LA PARTE

2.1. CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A. (CAPSA)

- (13) CAPSA es una empresa que pertenece al grupo empresarial Central Lechera Asturiana. Su matriz es la entidad Central Lechera Asturiana, S.A.T. (**CLAS**) con domicilio social en Siero (Asturias) y cuya actividad se centra en la recogida de leche de vaca cruda. CLAS ostenta el 81% de CAPSA.
- (14) CAPSA cuenta con presencia en cuatro comunidades autónomas a través de las seis factorías que tiene repartidas en dichos territorios y ofrece una amplia gama

de productos y servicios a través de sus diferentes marcas², entre los que destacan la leche líquida, la nata o la mantequilla.

- (15) Asimismo, CAPSA es propietaria de FLOR BURGOS, adquiriendo su parte a LACTAN HOLDING GROUP, S.L. (**LACTAN**), desde el 27 de diciembre de 2023. FLOR DE BURGOS es una sociedad con domicilio social en Burgos, cuyo objeto social es la elaboración de productos lácteos, entre los que destacan los quesos, distribuidos en más de 26 países.

3. HECHOS ACREDITADOS

3.1. Ejecución de la concentración económica con fecha 27 de diciembre de 2023

- (16) Según informó la adquirente con fecha 11 de marzo de 2024, la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de CAPSA de control exclusivo de FLOR BURGOS fue ejecutada mediante un contrato de compraventa de 20 de diciembre de 2023 y formalizada el 27 de diciembre de 2023, sin haber cumplido con la obligación de notificación previa a la CNMC prevista en el artículo 9 de la LDC.
- (17) Asimismo, en la notificación del formulario abreviado el 8 de abril de 2024, CAPSA informaba “*voluntariamente de que se han realizado los actos conducentes al perfeccionamiento de la operación con anterioridad a la presentación de esta notificación*” (folio 46)
- (18) CAPSA ha informado de una demanda interpuesta contra LACTAN por incumplimientos relacionados con el contrato de compraventa de 2020, por el que CAPSA adquirió el 50% de FLOR DE BURGOS, estando el procedimiento judicial pendiente de resolver.
- (19) FLOR DE BURGOS era una empresa con dos socios al 50% desde 2020 (CAPSA y LACTAN). [**CONFIDENCIAL**].
- (20) [**CONFIDENCIAL**].

3.2. La operación de concentración era de obligada notificación

- (21) En el formulario de notificación, presentado el 8 de abril de 2024, CAPSA informó que la operación era constitutiva de una concentración económica enmarcada en el supuesto c) del artículo 7 de la LDC, según la cual, CAPSA, que ya ostentaba el 50% de las participaciones sociales de FLOR DE BURGOS, había

² Central Lechera Asturiana, Larsa, ATO, Innova Food Ingredients, Arsana, Vega de Oro, 39ytú, Deinasvel y CLA Hostelería.

adquirido el restante 50% a través de un contrato de compraventa de participaciones sociales (folio 46).

- (22) La notificación de la operación se produjo sin que mediara el requerimiento previsto en el artículo 9.5 LDC.
- (23) De acuerdo con las actividades que realizan CAPSA y FLOR DE BURGOS, el mercado afectado por la operación era el mercado de productos lácteos³ y en particular, la fabricación de quesos⁴. El mercado de los productos lácteos se había configurado ya como un mercado en sí mismo⁵ y, dentro de este mercado, se consideraban mercados independientes: (i) yogures, (ii) postres lácteos, (iii) quesos, (iv) natas, (iv) mantequillas y (v) leches aromatizadas. La dimensión del mercado se había considerado nacional por la existencia de hábitos de consumo entre los Estados miembros y a que los canales de distribución, logística y venta suelen tener este ámbito.

3.3. La operación de concentración fue notificada y posteriormente autorizada en primera fase sin compromisos

- (24) Con fecha 8 de abril de 2024, CAPSA procedió a la notificación formal de la operación de concentración antes descrita (C/1459/24), siendo aprobada en primera fase sin compromisos mediante Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 17 de abril de 2024⁶.
- (25) La Resolución de la CNMC es firme al no haber sido recurrida.

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

4.1. Habilitación competencial y objeto del expediente

- (26) Corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC la competencia para resolver este procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013.

³ Preparación de leche y otros productos lácteos (NACE 1054).

⁴ Fabricación de quesos (NACE 1053).

⁵ Véase expedientes C-0953/18 COVAP/PLANTA INDUSTRIAL MEIRA, C-0677/15 IBERLECHE/CAPSA, C-0638/15 SCHREIBER/SENOBLE IBÉRICA y COMP/M.6522 GROUPE LACTALIS/SKANEMEJERIER, M.9413 LACTALIS/NUOVA CASTELLI, COMP/M.8150 DANONE/THE WHITEWAVE FOODS COMPANY, COMP/M.6348 ARLA FOODS/ALLGAULAND, COMP/M.6119 ARLA/HANSA.

⁶ Resolución de la Sala de Competencia de 17 de abril de 2024 en el expediente [C/1459/24](#) CAPSA/FLOR DE BURGOS.

- (27) La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la Dirección de Competencia en su propuesta, CAPSA ha incumplido la obligación impuesta por el artículo 9 de la LDC, en virtud del cual las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la LDC deberán notificarse a la CNMC previamente a su ejecución.

4.2. Tipificación de la conducta

4.2.1. Principios generales

- (28) De conformidad con el artículo 62.3.b) de la LDC, dos son los requisitos que deben concurrir para que resulte de aplicación el tipo infractor:
- que la operación de concentración esté sujeta a control con arreglo a lo dispuesto por la LDC siendo notificable,
 - que la ejecución de la concentración se haya efectuado antes de haber sido notificada a la CNMC y/o antes de que haya sido autorizada sin que se haya acordado el levantamiento de la suspensión.
- (29) El artículo 7 de la LDC define lo que debe entenderse por una concentración económica y el artículo 8.1.b) establece que serán 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. Alternativamente a este requisito, el mismo artículo 8.1, en su letra a), párrafo segundo, prevé que se notificarán las operaciones de concentración que den lugar a una adquisición o un incremento de una cuota de mercado igual o superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio.
- (30) La Audiencia Nacional ha revisado en diversas ocasiones resoluciones sancionadoras por el mencionado supuesto infractor⁷. También el TJUE ha analizado diversos asuntos en relación con la conducta equivalente en el ámbito de la UE⁸. Estas sentencias han precisado que la concentración se entiende ejecutada desde que existe la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y significativa sobre las actividades de la sociedad adquirida.
- (31) En el presente supuesto, ha quedado acreditado que CAPSA ejecutó sin previa notificación una operación de concentración notificable y que su toma de control exclusivo se formalizó, sin la existencia de cláusula suspensiva, con la entrada en vigor del contrato de compraventa el 27 de diciembre de 2023. Por lo que,

⁷ SAN, de 28 de septiembre de 2012, rec 566/2010; de 18 de septiembre de 2013, rec. 232/2012; de 19 de mayo de 2020, rec. 777/2015; de 4 de julio de 2023, rec. 489/2016.

⁸ Por todas, STJUE, de 31 de mayo de 2018, en el asunto C-633/16 *Ernst & Young*; de 4 de marzo de 2020 en el asunto C-10/18 P *Marine Harvest/Comisión*; de 9 de noviembre de 2023, en el asunto C-746/21 P *Altice Group Lux/Comisión*.

desde ese momento, CAPSA pudo ejercer una influencia y control decisivo y exclusivo sobre FLOR BURGOS.

- (32) Al producirse la notificación de la operación el 8 de abril de 2024, esta se produce más de tres meses después de su ejecución.
- (33) En consecuencia, cabe concluir que CAPSA incurrió en una vulneración de las obligaciones previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 9 de la LDC y, como consecuencia en el tipo infractor previsto en el artículo 62.3.b LDC.

4.3. Responsabilidad y culpabilidad de CAPSA

- (34) En el ámbito del derecho administrativo sancionador español no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción y resulta imprescindible el elemento volitivo. Ello supone que la imposición de la sanción exige que la conducta típica y antijurídica sea imputable, al menos a título de culpa, al autor⁹. Por ello, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.
- (35) No obstante, como ha indicado recientemente el Tribunal Constitucional (TC), recogiendo su jurisprudencia anterior, en la STC 179/2023, de 11 de diciembre de 2023, la doctrina constitucional sobre los principios de personalidad y culpabilidad a los que está sujeto el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, si bien se ha desarrollado respecto de las personas físicas, resulta también aplicable a las personas jurídicas, pero de forma distinta a como se hace respecto de aquellas.

“Así lo pudo constatar la STC 246/1991, FJ 2, que afirma lo siguiente: «nuestro Derecho administrativo admit[e] la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma”

⁹ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 y el artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen Jurídico del Sector Público.

- (36) La Audiencia Nacional en su sentencia de 18 de septiembre de 2013 (recurso 232/2012) desestima el recurso interpuesto por GRUPO ISOLUX contra la resolución de la CNC de 10 de abril de 2012 (expediente SNC/0017/11) y realiza la valoración siguiente:

“El hecho de que a una empresa con los conocimientos técnicos y medios materiales y humanos del GRUPO ISOLUX, no le llegase a surgir la más mínima duda sobre el momento de notificación de la operación o, al menos, decidiera acudir ante la propia Administración solicitando información, especialmente teniendo en cuenta los cauces específicos previstos por la Ley y el Reglamento de Defensa de la Competencia, impide considerar que, por su parte, se haya puesto la diligencia necesaria 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”.

- (37) En sentido muy similar se ha pronunciado el TJUE al analizar la conducta equivalente en el ámbito de la UE en el asunto C-746/21-P *Altice Group Lux/Comisión*:

Del mismo modo, en segundo lugar, Altice no puede invocar la supuesta falta de claridad de lo dispuesto en los artículos 4, apartado 1, y 7, apartado 1, del Reglamento n.o 139/2004. En efecto, cuando existan dudas sobre la interpretación de disposiciones de esta naturaleza, cabe exigir que una empresa diligente consulte a la Comisión con el fin de cerciorarse de la legalidad de su comportamiento, como declaró el Tribunal General en los apartados 155 y 294 de la sentencia recurrida. Ello es tanto más cierto en el presente asunto cuanto que de las apreciaciones fácticas efectuadas por el Tribunal General en el apartado 287 de la sentencia recurrida —que no corresponde al Tribunal de Justicia controlar y que, por lo demás, no se discuten— se desprende que Altice sí tenía conocimiento del riesgo de incompatibilidad de su comportamiento con el Reglamento n.o 139/2004.

- (38) Cabe mencionar, como se ha referido la jurisprudencia, que no es necesario demostrar intencionalidad para que concurra el elemento subjetivo del tipo, sino que la responsabilidad de la infracción existe tanto en el caso de que exista una acción con intención demostrada de infringir una norma como cuando, por omisión, no se observa el grado de diligencia necesario. Por tanto, lo relevante es considerar si, en la situación concreta de la operación objeto de este expediente, CAPSA observó el grado de diligencia necesario para no notificar la operación.
- (39) En el presente caso, CAPSA ha reconocido expresamente haber incurrido en una infracción del artículo 9 de la LDC por negligencia y sin intención demostrada de infringir la norma, situación que rectificó notificando “*voluntariamente*” la operación en cuanto fue consciente de su obligatoriedad (folio 472).
- (40) CAPSA se refiere a que la situación de conflicto en el seno del Consejo de Administración de FLOR DE BURGOS y la baja laboral de uno de sus miembros

justificarían la imposibilidad de notificar la operación a tiempo, pero esta Sala no puede aceptar que estas alegaciones, para nada infranqueables ni ausentes de alternativa, sean válidas para revocar la falta de diligencia exigible a la empresa en cumplimiento de su obligación legal de notificar la concentración.

- (41) Por el contrario, una empresa diligente podría haber incluido una cláusula de condicionalidad de la operación a la autorización de las autoridades de competencia, habituales en este tipo de operaciones o incluso podría haber acudido al mecanismo de levantamiento de la suspensión previsto en los artículos 9.2 y 9.6 LDC en el que se podría haber apreciado por la autoridad de competencia el alegado perjuicio que causaría la suspensión de la ejecución para las empresas partícipes y la ejecución de la operación sobre la libre competencia.
- (42) En conclusión, esta Sala no tiene dudas de la responsabilidad y culpabilidad de CAPSA en la conducta por la que adquirió FLOR DE BURGOS antes de notificar la operación a la CNMC y conseguir la pertinente autorización.

4.4. Sobre las alegaciones de nulidad del procedimiento sancionador

- (43) CAPSA considera que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas la propuesta de resolución de 15 de noviembre de 2024 es nula de pleno derecho por dictarse en un procedimiento nulo en el que se habría omitido el trámite de audiencia. La empresa defiende que se infringiría el artículo 47.1.a) por existir una infracción de un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional y el artículo 47.1.e) por dictarse actos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.
- (44) Esta Sala no considera que la emisión de la propuesta de resolución con fecha 14 de octubre de 2024 elevada y notificada con anterioridad a la finalización del plazo concedido para la audiencia de los interesados constituya una causa de nulidad del procedimiento administrativo, como defiende la empresa. La retroacción del procedimiento para que CAPSA dispusiera del plazo de audiencia en su totalidad determina la inexistencia de vicios procedimentales en el procedimiento.
- (45) El Tribunal Supremo ha tenido ocasión en reiteradas ocasiones de pronunciarse sobre los efectos que produce la supresión del trámite de audiencia, atemperándola con otros principios rectores del procedimiento, como el de economía procesal. La finalidad del trámite de audiencia no es otra que la de salvaguardar la garantía del administrado frente a la actuación de la Administración de tal manera que cuando esta garantía se consigue

efectivamente no cabrá la nulidad si esta solo ha de servir para dilatar la resolución de la cuestión de fondo, sin influencia alguna en su sentido¹⁰.

- (46) Para que la omisión del trámite de audiencia sea una causa invalidante del acto que se dicte es preciso que se produzca una indefensión real, no formal, y efectiva en los interesados¹¹, jurisprudencia que se funda en el concepto de indefensión del Tribunal Constitucional (STC 71/1984 y 64/1986). Por ello, no cabe extraer la simple consecuencia de que la mera omisión del trámite de audiencia provoque siempre y, en todo caso, la nulidad de lo actuado¹², pues la teoría de la nulidad radical de los actos administrativos ha de ser apreciada con especial moderación y cautela, de suerte que no basta solo con que se produzcan vulneraciones, sino que los trámites sean esenciales y que, en todo caso, su omisión acarree la indefensión del administrado¹³.
- (47) Por el contrario, el Tribunal Supremo ha interpretado que la omisión del trámite de audiencia supone la anulabilidad del procedimiento solo cuando sea causante de indefensión¹⁴. La supresión de este trámite no es sino un vicio de legalidad ordinaria, no constitucional y que no causa indefensión¹⁵.
- (48) Esta Sala considera que la indefensión que se prohíbe en la Constitución no nace de la sola y simple vulneración de un trámite. La indefensión con relevancia jurídico constitucional se produce cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado. Resulta obvio que no se ha producido la privación de este derecho de defensa cuando se ha retrotraído el procedimiento para que el interesado dispusiera de todo el plazo concedido para alegar contra el acuerdo de incoación.
- (49) La empresa ni siquiera se refiere a qué indefensión le ha producido el hecho de que inicialmente no pudiera alegar contra el acuerdo de incoación, pero finalmente, tras la retroacción del procedimiento, sí que pudiera y lo hiciera. La empresa se limita a señalar que se ha producido la omisión de un trámite esencial que no cabría ser subsanado.

¹⁰ STS, de 13 de marzo de 1997, (rec. casación 696/1993).

¹¹ STS, de 18 de marzo de 2002 (rec. casación 8653/1995).

¹² STS, de 21 de febrero de 2000 (rec. casación 229/1993).

¹³ STS, de 15 de julio de 2002 (rec. casación 5561/1996).

¹⁴ STS, de 24 de enero de 1989, 13 de abril de 1989, 16 de mayo de 1989, 27 de junio de 1989, 3 de octubre de 1989, 13 de febrero de 1990, 5 de abril de 1990, 28 de septiembre de 1990, 4 de abril de 1991, 18 de febrero de 1992 o 30 de abril de 1992.

¹⁵ STS de 24 de abril de 1999, 4 de octubre de 1999, 16 de noviembre de 1999 o 25 de febrero del 2000.

- (50) La relevancia del trámite procedimental de audiencia, o cualquier otro, tiene que ser ponderada en cada supuesto específico¹⁶. Sin embargo, no estamos en una situación en que se haya dictado una resolución final sin audiencia del interesado cercenando su posibilidad de formular alegaciones, sino que solo se produjo el impulso de un acto de trámite sin haberse cumplido el plazo concedido para la audiencia del interesado. Al corregirse este vicio procedimental con la retroacción del procedimiento, no existe indefensión alguna de la empresa que ha podido efectivamente alegar contra el acuerdo de incoación en sus alegaciones de 14 de noviembre de 2024.
- (51) Asimismo, en relación con la segunda causa de nulidad invocada (relativa al artículo 47.1.e) Ley 39/2015), esta Sala considera que la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes referida declara que, no teniendo las formas procedimentales una finalidad en sí mismas, sino en cuanto son garantía de acierto para las Administraciones y de defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos, la ineficacia de los actos administrativos por vicios de procedimiento solo podría llegar a considerarse causa de nulidad de pleno derecho si, como se impone en el precepto mencionado, se prescinde de manera total y absoluta del procedimiento. Esto equivaldría aplicado al presente procedimiento sancionador, como mínimo, a la omisión total y absoluta del trámite, no una mera precipitación en la elevación de la propuesta de resolución. Otros vicios de procedimiento solo pueden afectar a la eficacia de los actos por la vía de la anulabilidad que, de acuerdo con el artículo 48.2 de la Ley 39/2015 impone como requisito *sine qua non* que el vicio formal cause una indefensión real y efectiva a los interesados, o impida al acto alcanzar su fin, lo cual no acontece en el presente procedimiento en el que la empresa finalmente dispuso del plazo de audiencia en su totalidad.
- (52) Respecto a las alegaciones concretas de la empresa, en primer lugar, la jurisprudencia a la que se refiere no concibe el impulso del procedimiento con anterioridad a la finalización del plazo concedido para la audiencia, sino a la omisión total y absoluta del trámite. No es sin duda el mismo supuesto que el que se analiza en este expediente, como se ha venido señalando.
- (53) En segundo lugar, la empresa invoca supuestos de omisiones de trámites de audiencia que no son el regulado en el artículo 82 de la Ley 39/2015, ni versan sobre procedimientos sancionadores. Así, un supuesto de omisión de audiencia en la elaboración de un pliego de prescripciones particulares que se regula en el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que

¹⁶ STS, de 14 de noviembre de 1997 y la propia sentencia invocada por la recurrente: STS, de 12 de septiembre de 2023, (rec. casación 3720/2019).

exige además la audiencia de determinados organismos con carácter preceptivo¹⁷, nada tiene que ver con este procedimiento sancionador.

- (54) Tampoco cabe comparar el presente vicio procedimental con un procedimiento tributario de liquidación en el que los escritos de alegaciones se presentaron en plazo y no fueron tenidos en cuenta en el concreto trámite en el que debió hacerse, determinando la inefectividad de los trámites de audiencia por la sucesiva precipitación de la Administración en el impulso del procedimiento ignorando que las alegaciones del interesado se emitían por correo postal y tardaban en llegar a las dependencias de la Administración en sucesivos trámites de audiencia¹⁸. Es precisamente esta circunstancia tan excepcional de repetición en las que la inefectividad del trámite de audiencia genera un efecto sistémico de especial gravedad que determina la nulidad del procedimiento pues la Administración era consciente de que el decalaje temporal se produjo ya en las primeras alegaciones y aun así persistió en su precipitación. A diferencia del asunto invocado, en el presente procedimiento sancionador no se continuó con el impulso del procedimiento, sino que se retrotrajo para que precisamente el interesado fuera oído, dando plena efectividad al trámite.
- (55) En tercer lugar, pese a las invocaciones constitucionales del interesado, tanto del artículo 82 de la Ley 39/2015 como del artículo 105 de la Constitución, conforme a la jurisprudencia citada, se extrae que el trámite de audiencia no resulta siempre imprescindible en la tramitación de procedimientos administrativos, por lo que su mera omisión no puede suponer automáticamente la nulidad del procedimiento administrativo, como defiende la empresa, menos aún no haber respetado el plazo concedido.
- (56) Por último, la empresa también confunde con una causa de nulidad que la falta de persuasión y convicción de sus alegaciones al acuerdo de incoación implique que no hayan sido tenidas en cuenta en la segunda propuesta de resolución. Efectivamente es notorio como en dichas alegaciones al acuerdo de incoación la empresa no plantea cuestiones sobre los hechos o su calificación jurídica, sino que se refiere a cuestiones sobre la multa, que no está establecida en el acuerdo de incoación. Por tanto, la empresa no tuvo en cuenta la retroacción del procedimiento y que la audiencia se producía sobre el acuerdo de incoación. No existe indefensión alguna derivada de que las propuestas de resolución se parezcan, porque precisamente esas cuestiones elevadas por la empresa también en el trámite preceptivo, sus alegaciones a la propuesta de resolución de 29 de noviembre de 2024, son tenidas en cuenta y contestadas en esta Resolución por el órgano competente.

¹⁷ STS, de 14 de mayo de 2020 (rec. casación 3203/2016).

¹⁸ STS, de 12 de septiembre de 2023, (rec. casación 3720/2019).

- (57) En conclusión, esta Sala considera que el vicio procedimental que se produjo por el impulso del procedimiento sin respetar el plazo de audiencia concedido fue subsanado con la retroacción del procedimiento acordada por esta misma Sala el 30 de octubre de 2024.

4.5. Determinación de la sanción

- (58) Una infracción de esta clase está tipificada como una infracción grave en el artículo 62.3.b) de la LDC, por lo que la sanción a imponer será una 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.
- (59) La conducta analizada ha consistido en la ejecución de la adquisición por CAPSA del control exclusivo de FLOR DE BURGOS, sin haber sido previamente notificada a la CNMC a pesar de cumplir con los requisitos que determinan que una operación de concentración tenga que ser previamente notificada.
- (60) Según la información aportada, el volumen de negocios mundial de CAPSA en el ejercicio de 2023, fue de **[CONFIDENCIAL]**¹⁹.
- (61) La determinación de las sanciones debe realizarse sobre la base de los criterios fijados en el artículo 64 de la LDC²⁰. La aplicación debe realizarse de conformidad con la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo²¹.
- (62) Como se dispone en la Directiva ECN+, las autoridades nacionales de competencia *“deben tener la facultad de imponer multas efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas y asociaciones de empresas”*²².
- (63) Las sanciones deben determinarse sobre la base de *“la duración y la gravedad de la infracción”*. Para evaluar la gravedad de la conducta se pueden tener en consideración *“la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las empresas involucradas, el alcance geográfico de la infracción, el hecho de que la infracción se haya aplicado, el valor de las ventas de bienes y servicios de la empresa a que se refiere directa o indirectamente la infracción y el tamaño y poder de mercado de la empresa implicada”*²³.

¹⁹ Formulario abreviado de notificación de 8 de abril de 2024 (folio 14).

²⁰ De conformidad con el artículo 5 del Reglamento 1/2003, la imposición de las sanciones se realizará por las autoridades de competencia de los Estados miembros de acuerdo con *“su Derecho nacional”*.

²¹ Especialmente, la Sentencia del TS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 (ECLI:ES:TS:2015:112).

²² Véase el considerando 40 de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 (DO L 11 de 14.1.2019, p. 3/33). Esta indicación también ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: por todas, vid. la sentencia de 24 de febrero de 2017, recurso 2872/2013 (ECLI:ES:TS:2015:112).

²³ Véase el considerando 47 de la Directiva ECN+.

- (64) En este proceso de fijación de las sanciones, el Consejo de la CNMC *“cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa”*²⁴.
- (65) En este caso concreto, la Sala de competencia de la CNMC ha de comenzar por determinar cuál debe ser el tipo sancionador aplicable al volumen de negocios del ejercicio anterior dentro del intervalo que llega hasta un máximo del 5%.
- (66) En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a LDC), la operación de concentración analizada tuvo lugar en el mercado de productos lácteos de ámbito nacional.
- (67) En cuanto a la dimensión del mercado afectado (art. 64.1.a LDC) y al alcance de la infracción (art. 64.1.c LDC), puede utilizarse como referencia la facturación de FLOR DE BURGOS en España que, en el año 2023, fue de 92.114.602 euros²⁵.
- (68) Respecto a la cuota de mercado (art. 64.1.b LDC), en todas las posibles segmentaciones de mercado consideradas, la cuota combinada de las partes es muy inferior al 30%.
- (69) Respecto al alcance de la infracción (artículo 64.1.c) de la LDC), la operación de concentración fue aprobada en primera fase sin compromisos por no afectar significativamente a la dinámica competitiva del mercado de lácteos.
- (70) En cuanto al artículo 64.1.d LDC, entre la ejecución formal de la operación de la adquisición del control exclusivo (27 de diciembre de 2023) y su autorización (27 de abril de 2024) transcurrieron cuatro meses.
- (71) Respecto a los efectos de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos (art. 64.1.e LDC), el control de concentraciones se configura como un instrumento de carácter preventivo, cuya finalidad es evitar y, en su caso, corregir la excesiva concentración de las fuerzas de mercado cuando ello pueda perjudicar de manera significativa las condiciones de competencia en el mercado. El artículo 38 de la Constitución, que consagra la libertad de empresa, sienta asimismo el fundamento último de este sistema de control al encargar a los poderes públicos el mantenimiento y la garantía del funcionamiento del sistema de economía de mercado.

²⁴ Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, Asunto C-194/14 P *AC-Treuhand AG* contra Comisión Europea, (ECLI:EU:C:2015:717), citada, entre otras muchas, por la Sentencia del TS de 7 de junio de 2021, recurso 5428/2020 (ECLI:ES:TS:2021:2439).

²⁵ Información aportada en el formulario de notificación de la operación de concentración C/1459/24 e incorporada al expediente de referencia (folios confidenciales 6 a 39).

- (72) La falta de notificación de una operación de concentración económica sujeta al control de la CNMC en virtud de lo dispuesto en la LDC priva a la autoridad de la posibilidad de valorar la transacción y evitar -mediante el establecimiento de compromisos o condiciones o directamente prohibiéndola- un posible impacto negativo de la misma sobre las condiciones de competencia. Dado que la competencia es necesaria para el correcto funcionamiento del mercado, y su distorsión puede desembocar en restricciones de oferta y sobrepuestos, de la omisión de notificación previa se deriva un perjuicio potencial directo sobre los derechos e intereses de los consumidores.
- (73) Ahora bien, en este caso concreto, el Consejo de la CNMC, la operación de concentración, considerada de forma aislada, no se materializó en un perjuicio concreto a los derechos de los consumidores o de otros operadores económicos, más allá de la sustracción injustificada de la transacción al preceptivo control administrativo.
- (74) Esta ausencia de un perjuicio constatable a los intereses de los consumidores como resultado de la infracción debe ser tenida en cuenta a la hora de modular la sanción, en virtud del principio de proporcionalidad, si bien dada la naturaleza de la infracción (omisión de un deber) no cabe su consideración como modulador de la sanción ya que como se ha señalado en resoluciones anteriores de la autoridad *"la falta de notificación de una operación de concentración constituye una infracción de la LDC que debe ser sancionada con especial severidad, precisamente para dejar evitar al arbitrio de los afectados la decisión sobre cuándo y cómo se debe notificar, o incluso sobre si se debe notificar"*.
- (75) Esta Sala considera que de acuerdo con el artículo 64.3.a) de la LDC, la notificación voluntaria de la operación y el reconocimiento de responsabilidad realizado en el formulario de notificación de la operación implica la apreciación de la circunstancia atenuante consistente en la realización de actuaciones que pusieron fin a la infracción.
- (76) Por todo lo anterior, esta Sala estima suficientemente proporcionado y disuasorio imponer a CAPSA una sanción de 135.000 euros, lo que se corresponde con un **[CONFIDENCIAL]** del volumen de negocios total de la empresa adquirente en el año 2023.
- (77) Respecto a la alegación de CAPSA relativa a que se le debería imponer una multa del **[CONFIDENCIAL]** de su volumen de negocios total, porque la primera propuesta de resolución mencionaba ese porcentaje y, sin embargo, la multa propuesta de 135.000 euros se correspondía con un **[CONFIDENCIAL]**, esta Sala debe indicar que lógicamente, y como por otra parte perfectamente conocía la empresa, se debía a un redondeo del porcentaje para incluir solo dos decimales. Tanto en la segunda propuesta como en esta Resolución se

especifica el porcentaje con hasta cuatro decimales, pese a que no es lo habitual en la presentación de cifras, ante las alegaciones de la empresa.

- (78) Por cuanto antecede, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

5. RESUELVE

PRIMERO. Declarar que CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A. es responsable de una infracción grave del artículo 62.3.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SEGUNDO. Imponer a CORPORACIÓN ALIMENTARIA PEÑASANTA, S.A. una sanción de 135.000 euros.

TERCERO. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta resolución.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada haciéndole 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 el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio.