

RESOLUCIÓN
Expte. SNC/DC/093/19 GRUPO NUFRI

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Vicesecretario del Consejo

D. Miguel Sanchez Blanco

En Madrid, a 28 de noviembre de 2019

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el marco del Expediente Sancionador SNC/DC/093/19 GRUPO NUFRI, incoado por la Dirección de Competencia contra NUFRI, SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN, A.P.A. por incumplimiento de la obligación de notificar a la CNMC una concentración económica que supera los umbrales establecidos en el artículo 8.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, con carácter previo a su ejecución.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 15 de abril de 2019 NUFRI, Sociedad Agraria de Transformación, A.P.A. (NUFRI) comunicó, dentro de la fase de análisis y valoración preliminares (pre-notificación) una concentración económica conforme al artículo 7.1.b de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), consistente en la toma del control exclusivo por parte del GRUPO NUFRI del GRUPO INDULLEIDA, y que dicha operación de concentración se había ejecutado sin haber sido sometida previamente a la obligación de notificación a la CNMC prevista en el artículo 9.1. de la LDC.
2. El 21 de junio de 2019 NUFRI procedió a la **notificación formal de la**

operación de concentración, que fue registrada bajo el número de referencia C/1047/19, y aprobada en primera fase sin compromisos mediante Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC el 11 de julio de 2019.

3. A la vista de dicha información, la Dirección de Competencia, con el fin de poder determinar si concurrían los elementos del tipo infractor previsto por el artículo 62.3.d) de la LDC que justificasen la apertura de un expediente sancionador, acordó, de conformidad con el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015), **iniciar una información reservada**.
4. Con fecha 16 de abril de 2019 la Dirección de Competencia requirió a NUFRI para que aportase determinada información relativa a la operación de concentración y en concreto respecto a la existencia o no de la toma de control efectivo del GRUPO INDULLEIDA (folios 1 y 2). Con fecha 29 de abril de 2019 tuvo entrada en la CNMC la respuesta de NUFRI a dicha solicitud de información (folios 9 a 27).
5. A la vista de la información aportada y del propio reconocimiento de NUFRI del incumplimiento de la obligación legal de notificar la operación con carácter previo a la CNMC, el 5 de septiembre de 2019 se notificó el **acuerdo de incoación** de 4 de septiembre a NUFRI, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la Ley 39/2015, por la posible comisión de la infracción prevista en el artículo 62.3.d) de la LDC, registrado con el número de referencia SNC/DC/093/19 (folios 39 a 43).
6. Con fecha de 13 de septiembre de 2019, se solicitó a NUFRI información relativa al volumen de negocios individual total y consolidado correspondiente al ejercicio 2018, así como el correspondiente al mercado de fabricación y comercialización de transformados de frutas de tipo diverso (folios 54 y 55).

Con fecha de 24 de septiembre de 2019, NUFRI remitió contestación al requerimiento de información de volumen de negocio (folios 62 a 64) y presentó alegaciones a la incoación del presente expediente sancionador (folios 27 a 33).

7. Con fecha de 24 de septiembre de 2019, NUFRI presentó **alegaciones al acuerdo de incoación** del presente expediente sancionador (folios 65 a 71).
8. De acuerdo con el artículo 89 de la Ley 39/2015, el 18 de octubre de 2019 la Dirección de Competencia dictó **propuesta de resolución** (folios 72 a 89).

El 21 de octubre de 2019 la propuesta de resolución fue puesta a disposición de NUFRI (folios 90 a 107). Ese mismo día se tuvo constancia de su recepción (folio 113).

9. Con fecha de 30 de octubre de 2019, NUFRI presentó **alegaciones a la propuesta de resolución** del presente expediente sancionador (folios 117 a 119). Resumidamente, realizó unas consideraciones respecto al importe de la multa propuesto por la Dirección de Competencia, así como a la aplicación de las dos reducciones cumulativas del 20% por reconocimiento de la infracción y pronto pago estipuladas en el artículo 85 de la Ley 39/2015.

Asimismo, y de conformidad con lo determinado en el citado precepto, NUFRI aportó en dicho escrito justificante de pago anticipado de la cuantía establecida en la propuesta de resolución con el objeto de hacer efectiva la segunda reducción del 20% asociada al pago voluntario de la sanción con carácter previo a la Resolución del procedimiento sancionador (folio 120).

10. Con fecha 4 de noviembre de 2019 la propuesta de resolución fue elevada al Consejo de la CNMC por la Dirección de Competencia, junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, en la que se propone sancionar a NUFRI por una infracción grave del artículo 62.3.d) de la LDC.
11. La Sala de Competencia del Consejo ha aprobado esta resolución en su sesión del día 28 de noviembre de 2019.
12. Es interesado NUFRI, Sociedad Agraria de Transformación, A.P.A.

II. HECHOS ACREDITADOS

1. EMPRESAS PARTICIPES EN LA CONCENTRACIÓN

1.1 NUFRI, Sociedad Agraria de Transformación, A.P.A. (NUFRI)

NUFRI es un grupo empresarial integrado por las siguientes sociedades: NUFRI SOCIEDAD AGRARIA DE TRANSFORMACIÓN, S.L. (la sociedad cabecera del grupo), FRUTAS NUFRI, L.D.A., CERTIPLANT, S.L. y MANUFRI, S.L.

Las actividades económicas que desarrolla NUFRI son las de: (i) producción y comercialización mayorista de frutas y hortalizas frescas (ii) transformación industrial de frutas en concentrados, purés y zumos; (iii) el negocio de generación y comercialización de energía eléctrica; (iv) la prestación de servicios de almacenamiento y conservación de fruta; y además, (v) servicios inmobiliarios y para empresas, actividades de producción y comercialización de electricidad (solar, hidráulica, cogeneración o biomasa).

NUFRI opera primordialmente en el sector de la producción y comercialización al por mayor de fruta fresca, así como en el de la producción y comercialización de productos transformados de fruta de descarte como zumos, concentrados y purés de fruta destinados a la industria de bebidas y a empresas embotelladoras de bebidas.

La sede social de la empresa cabecera del grupo se encuentre en Mollerusa (Lleida), y dispone, asimismo, de una red de delegaciones comerciales en Barcelona, Madrid, Sevilla, Alicante y Lisboa, con almacenes de recogida y empaquetado en Soria, Huesca y Huelva, y fincas agrícolas en Sevilla, Huelva y Soria.

1.2 GRUPO INDULLEIDA

INDULLEIDA, S.A. (INDULLEIDA) está participado por sociedades cooperativas agrarias y centrales hortofrutícolas que integran a más de 170 explotaciones agrícolas de España y sur de Francia.

La cabecera del grupo, INDULLEIDA, participa en un 60% en ZUFRISA S.A., dedicada a la producción y a la comercialización de transformados de frutas, y en un 50% en RI NATURAL, S.L., dedicada a la fabricación y comercialización de aromas con base en frutas para su suministro a la industria de bebidas y embotelladoras.

2. HECHOS PROBADOS

Según se recoge en la propuesta de resolución elevada por la Dirección de Competencia, los hechos acreditados en el expediente son los siguientes:

2.1 Ejecución de concentración por NUFRI

- (1) Los días 11 de enero y 1 de febrero de 2019, se ejecutó la operación de concentración consistente en la adquisición por parte del GRUPO NUFRI del control exclusivo del GRUPO INDULLEIDA, y la consiguiente transferencia de los derechos de propiedad, sin incluir cláusula suspensiva que retrasara su ejecución hasta que hubiese recaído y fuese ejecutiva la autorización expresa o tácita del Consejo de la CNMC.
- (2) La operación de concentración ejecutada mediante la firma de dichos contratos de compraventa superaba el umbral del 30% de cuota de mercado conjunta de GRUPO NUFRI y GRUPO INDULLEIDA en los siguientes mercados:
 - Para el mercado español de abastecimiento de fruta para transformados (por tipo de fruta) en manzana [40-50%] y pera [30-40%].
 - Para el mercado español de abastecimiento de fruta de pepita para transformación (por tipo de fruta), en manzana [50-60 %], pera [30-40 %] y melocotón [20-30%].
 - En cuanto al mercado español de abastecimiento de fruta de pepita para transformación, la cuota conjunta en el año 2018 en volumen y en valor se situaba entre el 30-40%.

- Respecto del mercado español de abastecimiento de fruta de hueso para transformación en 2018 en volumen y valor oscilaba entre el 20 y 30%.
 - Para el mercado español de transformación de fruta de pepita la cuota conjunta en valor y en volumen en 2018 se situaba entre el 40 y el 50%.
 - Para el mercado español de transformación de fruta de hueso en 2018 en valor y en volumen, la cuota conjunta se situaba entre el 40-50%.
- (3) Posteriormente, con fecha 2 de abril de 2019 se celebró una Junta General Extraordinaria de Accionistas de INDULLEIDA. Tal y como se recoge en el Acta de dicha Junta se procedió al nombramiento de nuevos consejeros dominicales en representación NUFRI como nuevo accionista.

Asimismo, se informó de la ejecución de la operación y de que ya se había producido la adquisición de más del 50% de las acciones. Su presidente señaló los cambios que se habían producido en la composición del accionariado de INDULLEIDA: *“desde la última Junta General de la compañía, que fue la celebrada el 27 de noviembre de 2018, se han producido una serie de acontecimientos que han dado lugar a que un accionista, concretamente la Sociedad Agraria de Transformación n°1.596 "Nufri", haya adquirido más del 50% de las acciones de la compañía, proponiendo que el Secretario informe de todos estos acontecimientos y que al final de la Junta General, antes del último punto del orden del día, el representante de la Sociedad Agraria de Transformación n°1.596 "Nufri" dirija unas palabras a los accionistas”*.

2.2 Comunicación de la concentración por NUFRI

- (4) Con fecha 15 de abril de 2019, tuvo entrada la comunicación de NUFRI dentro de la fase de análisis y valoración preliminares previstos en el artículo 56.2 del RDC (pre-notificación), por la que se informaba de forma voluntaria que la concentración económica descrita se había ejecutado sin haberse dado cumplimiento a la obligación legal de notificación previa a la CNMC prevista en el artículo 9 de la LDC.

Concretamente, en el borrador del formulario ordinario de notificación aportado a la Dirección de Competencia en fase de pre-notificación, NUFRI informaba que *“La Operación ya ha sido ejecutada (los contratos no contienen ninguna cláusula de condición suspensiva). Sin embargo, Nufri ha sido consciente después de la formalización de los contratos de la necesidad de notificar la Operación, al superar esta, el umbral de cuota de mercado del apartado a) del artículo 8 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. Es por ello por lo que se presenta esta notificación de manera totalmente voluntaria”*.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial y procedimiento aplicable

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 (LCNMC) y el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013 (Estatuto), la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

Concretamente, el artículo 5.1.d) de la LCNMC, incluye entre las funciones de la CNMC aplicar lo dispuesto en la LDC en materia de control de concentraciones económicas, el artículo 19 del Estatuto atribuye a la Dirección de Competencia promover la investigación e iniciar de oficio los procedimientos sancionadores y el artículo 29.2 de la LCNMC y 70.2 de la LDC otorga al Consejo la función resolutoria de la potestad sancionadora.

De conformidad con el artículo 70.1 de la LDC el procedimiento aplicable es el establecido en la Ley 39/2015. También resultan de aplicación los principios de la potestad sancionadora contenidos en el Capítulo III del Título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, Ley 40/2015).

SEGUNDO.- Objeto del expediente y propuesta del órgano instructor

La presente resolución tiene por objeto determinar si, como señala la Dirección de Competencia en su propuesta de resolución y, tal y como ha reconocido la propia empresa, NUFRI ha incumplido la obligación impuesta por el artículo 9.1 de la LDC, en virtud del cual las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del artículo 8 de la misma norma deberán notificarse a la CNMC previamente a su ejecución.

De ser así, esta conducta estaría tipificada en el artículo 62.3.d) de la LDC como una infracción grave, por lo que el Consejo de la CNMC podría imponer sanción por un valor que no supere el 5% del volumen de negocios de la empresa infractora (art. 63.1 b).

Por un lado, el artículo 7 de la LDC define lo que debe entenderse por una concentración económica y, por otro, el artículo 8.1 a) de la LDC establece que serán de notificación obligatoria aquellas operaciones en las se adquiriera 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, si bien quedan exentas del procedimiento de control todas aquellas concentraciones económicas en las que, aun alcanzando la mencionada cuota de mercado, 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. Se exceptúan de esta última exención las operaciones en las que las empresas partícipes tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50% en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

Alternativamente a este requisito, el mismo artículo 8.1., en su apartado b) de la LDC, prevé que las operaciones de concentración 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, también deberán ser notificadas a la Autoridad de competencia para su valoración.

Por su parte, el 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 los Mercados y 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*”.

TERCERO.- Sobre el elemento objetivo del tipo infractor previsto por el artículo 62.3.d) de la LDC

De conformidad con lo establecido en la normativa transcrita, son dos 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.

Por lo que respecta al requisito relativo a la notificabilidad de la operación, este Consejo, al autorizar la operación de concentración en primera fase sin compromisos mediante su resolución de 11 de julio de 2019, ha constatado que la obligación de notificación existía, ya que, como señaló la Dirección de Competencia en el informe y propuesta de resolución correspondiente al expediente de concentración C/1047/19 NUFRI/INDULLEIDA, la operación de concentración superaba el umbral del 30% establecido en el artículo 8.1.a) de la LDC.

Esta Sala coincide con la definición del mercado y geográfica contenida en la propuesta de resolución y, por ende, con la existencia de la obligación de notificar la operación de concentración de NUFRI/INDULLEIDA previamente a su ejecución.

Así, de conformidad con los precedentes de la Unión Europea¹, las partes están presentes en los mercados afectados por la operación de concentración, concretamente, de aprovisionamiento de fruta para su posterior transformación, distinguiendo por categoría (fruta de hueso, pepita y cítricos) y por tipo de fruta (mandarina, naranja, melocotón, nectarina, manzana y pera); y de fabricación y comercialización de procesados/ transformados de fruta distinguiendo por categoría de fruta (de pepita, de hueso y de cítricos). Asimismo, ostentan unas cuotas de mercado conjuntas superiores al 30 % en la mayoría de los mercados afectados señalados [Hecho (2)].

¹ M.6539 AGRANA/RWA/JV y M.5907 VOTORANTI/ FISCHER/JV.

En cuanto a la dimensión geográfica, el mercado de aprovisionamiento de fruta sería de dimensión nacional e incluso regional, y el mercado de procesado/transformado de fruta sería, al menos, el Espacio Económico Europeo, siguiendo los precedentes europeos citados.

El segundo de los requisitos relativo a la necesidad de que la ejecución de la concentración se haya efectuado previamente a su notificación a la CNMC, esta Sala de Competencia no alberga duda alguna sobre su apreciación. Resulta un hecho indiscutido en el seno del presente expediente que la operación de concentración consistente en la adquisición por parte del GRUPO NUFRI del control exclusivo del GRUPO INDULLEIDA fue ejecutada los días 11 de enero y 1 de febrero de 2019 y que la misma no fue notificada a la CNMC hasta el 15 de abril de 2019, cuando tuvo entrada la comunicación de NUFRI dentro de la fase de análisis y valoración preliminares previstos en el artículo 56.2 del RDC (pre-notificación), mediante la cual NUFRI informaba de forma voluntaria que la concentración económica descrita se había ejecutado sin haberse dado cumplimiento a la obligación legal de notificación previa a la CNMC prevista en el artículo 9 de la LDC [Hechos (1) y (4)].

Sobre la ejecución de la concentración, esta Sala coincide con la Dirección de Competencia en el hecho de que ésta hace referencia al momento de adquisición del control sobre la empresa adquirida, es decir, al momento en que NUFRI adquiere la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de GRUPO INDULLEIDA. Por ello, entendemos que la toma de control exclusivo por parte de NUFRI se produjo, formalmente, con la entrada en vigor de los contratos de compraventa formalizados con fecha 11 de enero y 1 de febrero de 2019 y la consiguiente transferencia de los derechos de propiedad, sin incluir cláusula suspensiva que retrasara su ejecución hasta que hubiese recaído y fuese ejecutiva la autorización expresa o tácita del Consejo de la CNMC. Por tanto, desde ese momento NUFRI pudo haber ejercido una influencia decisiva sobre las actividades de GRUPO INDULLEIDA, aunque no fuera hasta la Junta General Extraordinaria de Accionistas de 2 de abril de 2019 en la que se procedió al nombramiento como consejeros dominicales de los nuevos accionistas de referencia y se celebró la primera reunión ejecutiva del Consejo de Administración [Hecho (3)].

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que el 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”* esta Sala considera que en la operación de concentración NUFRI/INDULLEIDA se ha incurrido en el supuesto tipificado en el precepto citado, tal y como ha reconocido expresamente NUFRI en el borrador de notificación presentado en la operación de concentración de referencia con fecha de 15 de abril de 2019, así como en el escrito de alegaciones al acuerdo

de incoación del presente expediente sancionador con fecha de 25 de septiembre de 2019.

Por todo lo anterior, esta Sala concluye que la concentración económica estaba sometida a la obligación de notificación previa a su ejecución en cuanto que superaba el umbral del 30% de cuota de los mercados relevantes de producto, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.1.a) de la LDC.

CUARTO.- Sobre el elemento subjetivo del tipo

En relación con el elemento subjetivo de la infracción, las autoridades españolas de competencia han reiterado en varias resoluciones² que los principios del Derecho Penal son de aplicación con matizaciones al Derecho Administrativo Sancionador, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

Así, en las resoluciones de 14 de marzo de 2017 del expediente SNC/0074/16 CONSENUR³ y de 16 de octubre de 2015, del expediente SNC/DC/0037/15 GRIFOLS⁴, recordando la doctrina del Tribunal Supremo contenida en su Sentencia de 20 de diciembre de 1996, el Consejo de la CNMC ha señalado que: “[...] 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”.

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 (vid., por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre de 1991), aun a título de simple inobservancia (artículo 130.1 de la Ley 30/1992 y artículo 28.1 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

² Resolución de la CNMC de fecha 14 de marzo de 2017 Expediente SNC/ DC/0074/16 CONSENUR, Resolución de la CNMC de fecha 16 de octubre de 2015 Expediente SNC/DC/0037/15 GRIFOLS, Resolución de la CNC de fecha de 24 de octubre de 2012 Expediente SNC/0022/12 VERIFONE/ HYPERCOME; Resolución de la CNC de fecha de 10 de abril de 2012 SNC/DC/0017/11 ISOLUX , Resolución de la CNC de fecha de 30 de enero de 2012 Expediente SNC/0015/11 GESTAMP/ ESSA BONMOR, Resolución de la CNC de fecha de 22 de julio de 2011 Expediente SNC/0009/11 DORF KETAL y Resolución de la CNC de fecha 29 de julio de 2010 Expediente SNC/0006/10 BERGÉ.

³ Resolución de 14 de marzo de 2017 en el Expediente SNC/0074/16 CONSENUR.

⁴ Resolución de la CNMC de fecha 16 de octubre de 2015 Expediente SNC/DC/0037/15 GRIFOLS

En línea con lo anterior, añade la Resolución que “*en ausencia de una debida diligencia, como ha quedado acreditado, 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*”.

De conformidad con la jurisprudencia de la Audiencia Nacional y en concreto con la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 26 de febrero de 2006, el elemento subjetivo de la infracción puede estar presente en su forma más leve de negligencia ante una falta de atención o cuidado de la empresa adquirente⁵:

“El elemento subjetivo de la infracción está presente- al menos en su forma más leve de culpa o negligencia- en la falta de atención y cuidado de la sociedad actora, que bien pudo consultar al SDC sobre los extremos de la operación que proyectaba, a fin de determinar si se encontraba sometida a los controles de concentraciones”.

Dicho lo anterior, NUFRI ha reconocido que incumplió su obligación legal de notificar la operación económica, pero alega que en ningún momento tuvo voluntad de infringir la LDC, basándose para ello en un desconocimiento previo de las cuotas de mercado y falta de asesoramiento legal inicial, situación que rectificó notificando la operación en cuanto tuvo los conocimientos necesarios para ello, por lo que la operación estuvo escasos meses sin ser notificada.

Al respecto, a la vista de los hechos acreditados y la valoración realizada por el órgano instructor, esta Sala coincide con la DC en calificar la responsabilidad de NUFRI como una negligencia por omisión, sin intención demostrada de infringir la norma, incluso en un grado menor que la negligencia sancionada en el caso en la resolución del Consejo de la CNMC de 14 de marzo de 2017, en el que la empresa sancionada contaba con el conocimiento previo y asesoramiento necesario por operaciones de concentración previas, habiendo realizado una autoevaluación errónea que le llevó a no notificar la operación.

QUINTO.- Determinación y reducción de la sanción

Resuelta la existencia de una infracción de la LDC por incumplimiento del artículo 9 de la misma y establecida la responsabilidad de la parte obligada a la notificación, a NUFRI, como responsable de dicho incumplimiento, le corresponde una sanción sobre la base del artículo 63 de la LDC.

El artículo 63.1.b) de la LDC establece que la sanción a imponer por infracciones graves 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.

⁵ Expresamente citada en la Resolución de la CNMC de fecha 14 de marzo de 2017 anteriormente citada Expediente SNC/0074/16 CONSENUR.

NUFRI sostiene en sus alegaciones a la propuesta de resolución que las circunstancias muy particulares del presente expediente sancionador deberían haber llevado a la imposición o propuesta de una multa “*simbólica*”, igual o inferior a la impuesta finalmente en los expedientes SNC/DC/035/14 Essilor o SNC/0008/10 Tompla (folio 118).

Esta Sala considera que los precedentes citados no son asimilables al expediente de referencia:

Por un lado, en el expediente SNC/DC/035/14 Essilor el Consejo valoró la circunstancia excepcional relativa a que se trataba de una concentración entre una empresa multinacional extranjera con un escaso volumen de actividad en España y una empresa radicada en Singapur, por lo que era muy improbable que la autoridad de competencia hubiera tenido conocimiento de la misma si la empresa obligada no hubiera realizado la comunicación voluntaria. Por tanto, el contexto y los antecedentes de hecho del mencionado expediente son diferentes al actual.

Por otro lado, la resolución del expediente SNC/0008/10 Tompla tampoco es asimilable al presente procedimiento porque durante la tramitación del expediente se produjo una modificación legislativa que declaraba exentas determinadas concentraciones económicas, aunque superaran los umbrales del artículo 8 de la LDC, por lo que la concentración económica objeto del expediente sancionador solo habría de ser notificada en determinadas circunstancias. Por ello, el Consejo consideró la concurrencia de circunstancias excepcionales que debían ser tenidas en cuenta para valorar las consecuencias jurídicas que derivaran de la infracción.

En todo caso, esta Sala recuerda que los criterios para la determinación del importe de las multas por las infracciones tipificadas en la LDC se recogen en el artículo 64 de la misma norma. En particular, teniendo presente el principio de proporcionalidad, deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el importe de la sanción las siguientes cuestiones:

En primer lugar, como se ha señalado, la operación de concentración afecta a los mercados de producto de aprovisionamiento de fruta para su posterior transformación, distinguiendo por categoría (fruta de hueso, pepita y cítricos) y por tipo de fruta (mandarina, naranja, melocotón, nectarina, manzana y pera), y de fabricación y comercialización de procesados/ transformados de fruta, distinguiendo por categoría de fruta (de hueso, pepita y cítricos), superando el 30% de la cuota de ambos mercados. Sin embargo, en la Resolución de 11 de julio de 2019 este Consejo aprobó la operación de concentración en primera fase sin compromisos, confirmando que la operación no afectaba significativamente a la dinámica competitiva de los mercados de producto de aprovisionamiento de fruta para su posterior transformación y de fabricación y comercialización de procesados/ transformados de fruta.

También debe tenerse en cuenta la reducida duración de la infracción, pues el periodo transcurrido entre la ejecución formal de la operación de la adquisición del control exclusivo del GRUPO INDULLEIDA por parte del GRUPO NUFRI (11 de enero y 1 de febrero de 2019) y la notificación a la CNMC a los efectos de lo dispuesto en el artículo 56.2 RDC (15 de abril de 2019) es de apenas tres meses. Tampoco ha quedado acreditado que la falta de notificación previa haya producido efecto alguno o haya generado beneficio ilícito o extraordinario para NUFRI.

Esta Sala tampoco observa la concurrencia de ninguna de las circunstancias agravantes que se contemplan en el artículo 64.2 de la LDC. Al contrario, de acuerdo con el artículo 64.3 de la LDC, se considera que debe tenerse en cuenta que NUFRI ha reconocido la comisión de la infracción, solventando la falta de notificación en cuanto ha sido consciente de ello. Además, como afirma el órgano instructor, ha colaborado en todo momento con la CNMC, concurriendo, como se ha señalado en el apartado cuarto de la presente resolución, una ausencia de dolo y de ocultación de la infracción por parte de la empresa incoada, puesto que la ejecución de la operación fue notificada voluntariamente por NUFRI.

Por todo lo anterior, de acuerdo con la información sobre el volumen de negocio aportada por la propia interesada en el expediente (folio 64), esta Sala valora proporcionado imponer una sanción de 21.300 euros. Asimismo, al haberse realizado un reconocimiento de responsabilidad por parte de NUFRI y al haberse producido el pago voluntario de la multa, procede aplicar las reducciones del 20% al importe de la sanción de 21.300 euros propuesta, quedando la misma en 12.800 euros.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que NUFRI, Sociedad Agraria de Transformación, A.P.A., es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.3.d) de la LDC, como consecuencia del incumplimiento de su obligación de notificar la operación de concentración de NUFRI/INDULLEIDA previamente a su ejecución, correspondiendo por dicha infracción la imposición de una multa de 21.300 euros.

SEGUNDO.- Aprobar las dos reducciones del 20% sobre la referida sanción establecidas en el artículo 85, apartado 3, en relación con los apartados 1 y 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, minorándose la sanción a la cuantía de 12.800 (doce mil ochocientos) euros, que ya ha sido abonada por NUFRI, Sociedad Agraria de Transformación, A.P.A.

TERCERO.- Declarar que la efectividad de las reducciones de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

CUARTO.- Declarar la terminación del procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a NUFRI, Sociedad Agraria de Transformación, A.P.A. 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.