

RESOLUCIÓN

Expediente FUNESPAÑA (SNC/DC/014/21)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D.^a Cani Fernández Vicién

Consejeros

D.^a María Ortiz Aguilar

D.^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 18 de mayo de 2021

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 incoado por la Dirección de Competencia de la CNMC (**DC**) contra FUNESPAÑA, S.A., por el 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 (**LDC**), con carácter previo a su ejecución.

INDICE

I.	ANTECEDENTES DE HECHO	2
II.	LAS PARTES	4
III.	HECHOS ACREDITADOS	4
IV.	FUNDAMENTOS DE DERECHO	6
	PRIMERO. Habilitación competencia y objeto del expediente	6
	SEGUNDO. Tipificación de la conducta	6
	A. Definición del mercado	7
	a. El mercado de producto	7
	b. El mercado geográfico	7
	▪ Precedentes referidos a los mercados funerarios	8
	▪ Precedentes alegados por Funespaña	10
	▪ Valoración de la Sala	11
	B. Carácter doloso o negligente de la conducta	15
	C. Conclusión	18
	TERCERO. Determinación de la sanción	18
V.	RESUELVE	20

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 2 de abril de 2020 SANTA LUCIA **comunicó informalmente** a la DC que FUNESPAÑA, S.A. había adquirido a finales de 2019 el control exclusivo de FUNERARIA ALIANZA CANARIA, S.L. (“ALIANZA CANARIA”) mediante la adquisición de la totalidad de su capital social¹. El 20 de abril de 2020 la DC solicitó informalmente a los representantes de SANTA LUCIA información necesaria para determinar si en dicha operación concurrían las circunstancias para su notificación, de acuerdo con el artículo 9 de la LDC. El 30 de abril de 2020, los representantes de SANTA LUCIA respondieron informalmente a dicho requerimiento de información .

El 10 de junio de 2020, reanudados el día 1 del mismo mes los trámites administrativos suspendidos durante el estado de alarma, se recibió en la DC un escrito de SANTA LUCIA que manifestaba su conformidad para que se desglosara, incorporara y utilizara la información aportada de manera informal en otras actuaciones que, en su caso, pudieran tramitarse en un nuevo expediente. En consecuencia, el 15 de julio de 2020 se incorporó dicha información al expediente que se tramitaba bajo la referencia DP/ACP/058/20.

El 5 de agosto de 2020 la Dirección de Competencia realizó un requerimiento de información a FUNESPAÑA para determinar si la operación superaba el umbral de notificación previsto en el artículo 8.1 a) de la LDC. El mismo fue cumplimentado el 26 de agosto de 2020 y completado el 7 de septiembre de 2020.

2. El 19 de noviembre de 2020, en aplicación del artículo 9.5 de la LDC, la DC **requirió a FUNESPAÑA la notificación de la operación de concentración** analizada, por considerar que superaba el umbral establecido en el artículo 8.1.a) de la LDC.
3. El 21 de diciembre de 2020 se presentó el formulario ordinario de **notificación de la operación de concentración económica** consistente en la adquisición del control exclusivo de ALIANZA CANARIA por parte de FUNESPAÑA, que dio lugar al expediente C/1155/20 FUNESPAÑA/ALIANZA CANARIA. En el formulario de notificación constaba que la operación se había ejecutado el día 29 de noviembre de 2019.

El 26 de enero de 2021 la DC, conforme a lo previsto en el artículo 55.4 de la LDC, envió un requerimiento de subsanación al notificante, que fue cumplimentado el 8 de febrero de 2021. El 16 de febrero de 2021, se realizó un requerimiento de información contestado el 19 de febrero de 2021. El 22 de febrero de 2021 el notificante presentó un escrito de aclaración de la información presentada anteriormente.

El 2 de marzo de 2021, el Consejo de la CNMC resolvió **autorizar en primera fase** sin compromisos la operación de concentración, considerando que se trataba de una operación ejecutada previamente a la notificación de la operación C/1086/19 SANTA LUCÍA/FUNESPAÑA que actualmente se encuentra en instrucción en segunda fase.

¹ Tal notificación se realizó durante el periodo de suspensión de la tramitación del expediente C/1086/19 SANTA LUCIA/FUNESPAÑA. La suspensión derivaba de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID19.

4. El 23 de febrero de 2021 la DC acordó la **incoación de expediente sancionador** SNC/DC/014/21 (folios 416-419) contra FUNESPAÑA por la posible comisión de la infracción prevista en el artículo 62.3.d) de la LDC, por incumplimiento de la obligación de notificación establecida en el artículo 9 de dicha Ley². El acuerdo de incoación se notificó el 26 de febrero de 2021³. Adicionalmente, se solicitó a FUNESPAÑA información relativa a su volumen de negocios total en 2018 (folios 420-424).

El 9 de marzo de 2021 la DC requirió a FUNESPAÑA información sobre la cuota que ALIANZA CANARIA había presentado en los últimos tres ejercicios en el mercado minorista de cementerio en San Bartolomé de Tirajana⁴. La respuesta se recibió el 12 de marzo de 2021 (folios 433-434).

5. El 22 de marzo de 2021 FUNESPAÑA presentó **alegaciones** a la incoación del presente expediente sancionador (folios 475-505).
6. El mismo 22 de marzo de 2021 la DC requirió a FUNESPAÑA **información de su volumen de negocios** total en 2020, o en el caso de que las cuentas correspondientes a ese año no hubieran sido auditadas, la correspondientes a 2019, ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción que en su caso se acuerde. El 25 de marzo de 2021, FUNESPAÑA aportó información de su volumen de negocio total en 2019 (folios 509-515).
7. El 29 de marzo de 2021 la DC formuló **propuesta de resolución** con el siguiente tenor literal:

***Primero:** Que por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se declare que la ejecución de la adquisición por FUNESPAÑA, S.A. del control exclusivo de FUNERARIA ALIANZA CANARIA, S.L. llevada a cabo el 29 de noviembre de 2019, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, supone una infracción grave del artículo 62.3.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.*

***Segundo:** Que se declare responsable de dicha infracción a FUNESPAÑA, S.A.*

***Tercero:** Que se imponga a FUNESPAÑA, S.A. la sanción de multa por la cuantía de 100.000 euros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63.1 c) de la LDC.*

8. El 26 de abril de 2021 presentaron las **alegaciones** de FUNESPAÑA a la propuesta de resolución en las que solicita a la Sala de Competencia que declare su ausencia de responsabilidad por la ejecución de la operación o, subsidiariamente, que reduzca sustancialmente el importe de la multa con la aplicación en todo caso de los atenuantes que procedan.

² De conformidad con lo establecido en el artículo 70.2 de la LDC y en el artículo 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Ley 39/2015),

³ De conformidad con lo establecido en el artículo 40 y siguientes de la Ley 39/2015.

⁴ Dicho requerimiento precisa la necesidad de tener en cuenta que, según la información aportada en el expediente P/ACP/058/20, los cementerios gestionados por esa empresa serían los únicos existentes en esa localidad (cuota del 100% del mercado mayorista de cementerio).

II. LAS PARTES

9. **FUNESPAÑA** es una sociedad española perteneciente al grupo asegurador MAPFRE⁵. Está activa en la prestación integral de servicios funerarios en España. FUNESPAÑA y sus filiales prestarían actualmente servicios funerarios en 14 provincias⁶. Gestionan 71 tanatorios, 12 crematorios y 19 cementerios. FUNESPAÑA ejerce control conjunto de varias empresas funerarias⁷. Dispone asimismo, de participaciones minoritarias en algunas otras⁸.

El volumen de negocios de FUNESPAÑA y las sociedades bajo su control en 2019, conforme al artículo 5 del Real Decreto 261/2008 por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) fue de [>60] millones de euros, según datos aportados por dicha empresa (folios 509-515).

10. **ALIANZA CANARIA** es una sociedad española que está activa en la prestación integral de servicios funerarios que gestiona, mediante concesión, 7 tanatorios⁹; un crematorio¹⁰, y 2 cementerios¹¹, situados en la localidad de San Bartolomé de Tirajana (Gran Canaria). Adicionalmente, ALIANZA CANARIA dispone de un tanatorio y un crematorio propios en Arrecife (Lanzarote).

III. HECHOS ACREDITADOS

11. El 29 de noviembre de 2019 FUNESPAÑA **ejecutó** la operación de concentración económica consistente en la adquisición del control exclusivo de ALIANZA CANARIA.

⁵ Activo en el ámbito de los seguros de vida, no vida (incluyendo seguros de deceso) y reaseguros, así como en la gestión de planes y fondos de pensiones.

⁶ En 13 de ellas, FUNESPAÑA tiene instalaciones funerarias, en concreto en La Coruña, Tarragona, Vizcaya, Huelva, Jaén, Málaga, Sevilla, Valencia, Ciudad Real, Zaragoza, León, Madrid y Navarra. En Islas Baleares no tiene instalaciones funerarias, pero presta servicios funerarios.

⁷ SERVICIOS FUNERARIOS LUCEM, S.L. (50%), FUNERARIA SAN VICENTE, S.L. (50%), SERVICIOS FUNERARIOS DEL NERVIÓN, S.L. (50%) y NUEVO TANATORIO, S.L. (50%), que conjuntamente gestionan 9 tanatorios y 3 crematorios localizados en 3 provincias (Sevilla, Córdoba y Castellón).

⁸ ISABELO ÁLVAREZ MAYORGA, S.A. (50%), INICIATIVAS ALCAESER S.L. (40%), SALZILLO SERVICIO FUNERARIOS, S.L. (45%), SERVICIOS FUNERARIOS LA CARIDAD, S.L. (50%), INVERSIONES FUNERARIAS ANDALUZAS, S.L.-INFUAN (33%) y TANATORIO DE ECIJA (33,3%), todas ellas participadas junto con ALBIA, que conjuntamente gestionan 51 tanatorios, 4 crematorios y un cementerio localizados en 7 provincias (Badajoz, Cáceres, Murcia, Ávila, Cádiz, Jaén y Sevilla).

Adicionalmente, FUNESPAÑA tiene participaciones minoritarias en EMPRESA MIXTA SERVEIS FÚNEBRES MUNICIPALS DE TARRAGONA, S. A. (49%), CEMENTERIO JARDÍN DE ALCALA DE HENARES S. A. (49%, indirecta) y NUEVOS SERVICIOS FUNERARIOS S.L. (25%, indirecta) que conjuntamente gestionan 3 tanatorios, 2 crematorios y 2 cementerios localizados en 3 provincias (Tarragona, Madrid y Castellón).

⁹ Tanatorios de Maspalomas, Tunte, Aldea Blanca, Castillo del Romeral, Fataga El Pajar y Cercados del Espino.

¹⁰ Crematorio de Maspalomas.

¹¹ En Maspalomas.

Tal operación se instrumentó mediante la firma en la mencionada fecha de una escritura de compraventa de participaciones sociales de ALIANZA CANARIA otorgada por sus accionistas a favor de FUNESPAÑA, que no contiene cláusula suspensiva alguna, por lo que la operación estaría ejecutada desde entonces¹².

12. FUNESPAÑA consideró que el mercado a considerar para determinar las cuotas relevantes **era toda la isla de Gran Canaria** en el caso de las instalaciones localizadas en San Bartolomé de Tirajana y toda la isla de Lanzarote para las instalaciones de Arrecife.

Ello supone considerar una isócrona superior a una hora de desplazamiento en coche en el caso de San Bartolomé de Tirajana y de 30 minutos, en el caso de Arrecife para todos los mercados minoristas considerados.

Basándose en esta apreciación no notificó la operación.

13. FUNESPAÑA aportó información de la cuota que ALIANZA CANARIA **había presentado** en los tres últimos ejercicios en los mercados minoristas de servicios funerarios, de servicios de tanatorio y de servicios de crematorio de San Bartolomé de Tirajana y Arrecife, localidades relevantes para el análisis de la operación, al ser en ellas donde ALIANZA CANARIA contaba con instalaciones funerarias. Esta información se corresponde con las **definiciones tradicionales** de mercado de producto consideradas en los precedentes analizados en ese sector, que se recogen en numerosos informes públicos en la web de la CNMC y vigentes en el momento de ejecución de la operación.

14. Según tales datos, la **cuota de ALIANZA CANARIA en San Bartolomé de Tirajana** en 2018 -año inmediatamente anterior a la ejecución de la operación- ascendería al [10-20%] del mercado minorista de servicios funerarios; al [50-60%] del mercado minorista de servicios de tanatorio; al [0-10%] del mercado minorista de servicios de cremación, y al [40-50%] del mercado minorista de servicios de cementerio. Tales datos toman como base el número de servicios de cada tipo prestado por esa funeraria en 2018 respecto al número total de fallecidos censados en dicho municipio. En 2018 en San Bartolomé de Tirajana hubo 339 fallecimientos¹³. Alianza Canaria prestó [150-250] servicios.

Siguiendo ese mismo criterio, la **cuota de ALIANZA CANARIA en Arrecife** en 2018 ascendería al [20-30%] del mercado minorista de servicios funerarios; al [10-20%] del mercado minorista de servicios de tanatorio, y al [10-20%] del mercado minorista de servicios de cremación, según los datos aportados por FUNESPAÑA.

15. El 19 de noviembre de 2020 la DC requirió a FUNESPAÑA la **notificación de la operación de concentración económica** consistente en la adquisición del control exclusivo de ALIANZA CANARIA por parte de FUNESPAÑA, en aplicación del artículo 9.5 de la LDC.

¹² Dicha escritura fue aportada por los representantes de SANTA LUCIA en la comunicación remitida a la CNMC el 30 de abril de 2020 e incorporada formalmente al expediente DP/ACP/058/20 el 15 de julio de 2020.

¹³ Según el INE.

El 21 de diciembre de 2020 FUNESPAÑA **notificó** la operación mediante formulario ordinario, dando lugar al expediente C/1155/20 FUNESPAÑA/ALIANZA CANARIA.

El 2 de marzo de 2021, el Consejo de la CNMC **autorizó** la operación en primera fase sin compromisos, en aplicación del artículo 57.2.a) de la LDC.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencia y objeto del expediente

16. Corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC la competencia para resolver este procedimiento¹⁴.
17. La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DC en su propuesta de resolución, FUNESPAÑA 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.

De ser así, esta conducta está 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) de la LDC).

SEGUNDO. Tipificación de la conducta

18. 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 superior al 50% del mercado relevante de producto o servicio, en aquellos casos, como el presente, en que 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.
19. 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.

¹⁴ 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.

20. La **notificación extemporánea** de la notificación no admite duda ya que la operación de concentración FUNESPAÑA/ALIANZA CANARIA fue ejecutada por FUNESPAÑA el 29 de noviembre de 2019, sin que su notificación se realizara hasta el 21 de diciembre de 2020, lo que se produjo a requerimiento de la Dirección de Competencia del 19 de noviembre de 2020.
21. Sobre la sujeción de la operación de concentración a la **obligación de notificar**, es preciso hacer un análisis del mercado de producto, del mercado geográfico y de los precedentes, todo ello con el objetivo de determinar si existe dicha obligación o si un análisis diligente del caso concreto puede razonablemente conducir a la conclusión contraria.

A. Definición del mercado

a. El mercado de producto

22. El mercado de servicios funerarios se ha dividido tradicionalmente en cuatro mercados minoristas de prestación de servicios funerarios: i) el mercado de servicios funerarios, ii) el mercado de servicios de tanatorio, iii) el mercado de servicios de cementerio y iv) el mercado de servicios de cremación.

Dada la evolución del mercado de servicios funerarios, en el último asunto en que se ha examinado este mercado (el expediente C/1086/19 SANTA LUCIA/FUNESPAÑA) se consideró que era preciso valorar no solo los mercados en que tradicionalmente se han dividido los servicios funerarios, sino también los mercados mayoristas de servicios vinculados a las instalaciones funerarias (tanatorio, cementerio y crematorio). Dichos mercados mayoristas de servicios de tanatorio, cementerio y crematorio, son aquellos en que, para la prestación de un servicio integral, las empresas funerarias contratan con un tercero aquellos servicios que no pueden prestar directamente en la localidad elegida por el cliente final, por carecer de medios propios para ello.

23. En el presente caso se superan los umbrales de notificación tanto en la definición tradicional de mercado -para el caso de los tanatorios de San Bartolomé de Tirajana- como, siguiendo la definición alternativa, en los mercados mayoristas de tanatorio, de crematorio y de cementerio de San Bartolomé de Tirajana y en el mercado mayorista de crematorio de Arrecife.

Debe por tanto analizarse una delimitación geográfica de los mercados en cada uno de los productos para determinar la posible superación de los umbrales de notificación.

b. El mercado geográfico

24. Para determinar si la empresa incoada incumplió las exigencias legales, debe determinarse si, a la luz de los precedentes y del examen de los servicios afectados por la concentración, puede sostenerse de manera razonable la existencia de un mercado superior al municipal, ya sea en unión con municipios cercanos, ya considerando la isla de Gran Canaria, dado que tal es la consideración que alega la empresa para no haber realizado la notificación.

▪ **Precedentes referidos a los mercados funerarios**

25. Sin descartarse frontalmente una zona de influencia superior al municipio o incluso una comarca o una región, los servicios funerarios han sido considerados habitualmente por los precedentes de carácter local¹⁵.

El único mercado con una definición geográfica precisa en los precedentes es el de **servicios de cementerio** que tiene ámbito municipal (salvo los cementerios mancomunados), según lo establecido por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en el expediente C85/04 INTUR/EURO STEWART¹⁶.

Respecto al mercado de **servicios de tanatorio**, el TDC señaló que «Las instalaciones afectas a este servicio pueden ofrecer una cobertura mayor que los límites estrictos de un municipio siempre y cuando el desplazamiento no suponga un coste excesivo en tiempo, dependiendo, por tanto, su delimitación exacta de las facilidades de comunicación anexas a la instalación».

Respecto al mercado de **servicios de crematorio** que su ámbito geográfico se circunscribiría a la zona de influencia de las instalaciones afectas a dicho servicio.

26. Mención especial merece el precedente C/0370/11 MAPFRE/ACCIONISTAS SINDICADOS/FUNESPAÑA. En él las empresas involucradas prestaban **servicios funerarios** desde grandes ciudades que eran capitales de provincia o contaban con una población superior a 50.000 habitantes, con destino en la misma ciudad o en otros puntos de su zona de influencia que, por lo general, coincidía con la provincia. Dicha delimitación geográfica propuesta por el notificante fue aceptada por la autoridad de competencia al no producirse solapamiento provincial alguno entre las actividades de las partes en la operación en el mercado de servicios de tanatorio y resultar por tanto irrelevante el análisis a nivel local, incluso a efectos de la obligación de notificar.

En este precedente por tanto, **no existía la necesidad de delimitar de forma tan precisa el mercado geográfico**, ya que no había solapamiento entre las actividades de las partes. A pesar de ello se incluyó información a nivel provincial, no como una asunción expresa o tácita de la relevancia de dicha delimitación a efectos de la obligación de notificar, sino como una forma de incluir información adicional que permitiera contextualizar la situación.

27. Los últimos precedentes a la fecha de ejecución de la operación (C-964/18 MEMORA/SERFUNTAN y C-1044/19 MEMORA/MONTERO) consideraron únicamente como mercados relevantes aquellos municipios donde las correspondientes empresas

¹⁵ N-04046 INTUR/EURO STEWART, C-0097/08 3i/MÉMORA, C/0765/16 CATALANA OCCIDENTE/GRUPO PREVISORA BILBAINA/GRUPO FUNERARIO ARROITIA, C0908/17 MÉMORA / FUNERARIA MIRANDA y C/0928/18 GRUPO CATALANA OCCIDENTE/SOCIEDADES ADQUIRIDAS.

¹⁶ Expediente N-04046 INTUR/EURO STEWART del extinto Servicio de Defensa de la Competencia (SDC).

adquiridas gestionaban instalaciones funerarias¹⁷. En ellos se analizaron los efectos de las correspondientes operaciones.

28. **No existe por tanto precedente disponible en el sector funerario que avale la consideración de un mercado insular ni directa ni indirectamente en materia de concentraciones.**

A este respecto, y sin perjuicio de la especificidad del análisis de mercados a efectos de control de concentraciones al que acabamos de aludir, merece la pena recordar que existen resoluciones en materia de **abuso de posición dominante** en las que se ha considerado el carácter «eminentemente local» de los servicios funerarios, en particular de los tanatorios. Así, en TANATORIOS COSLADA, se hacía un repaso sobre varias resoluciones relativas al sector funerario¹⁸:

Sobre el mercado de servicios de tanatorio y su ámbito geográfico se ha pronunciado tanto el Consejo de la CNC en las resoluciones de varios expedientes (Expte. 404/1997, Servicios Funerarios de Madrid, de 23 de diciembre de 1997; Expte. 495/2000, Velatorios de Madrid, de 20 de junio de 2001; Expte. 498/2000, Funerarias de Madrid, de 5 de julio de 2001; Expte. 502/2000, Funerarias Madrid 3, de 9 de octubre de 2001; Expte. 616/2006, Tanatorios Castellón, de 11 de octubre de 2007; Expte. 622/2006, Interflora/Tanatorio de Sevilla, de 18 de diciembre de 2007; y Expte. 650/2008, Funerarias de Baleares, de 3 de marzo de 2009) como la Audiencia Nacional en varias sentencias (SAN de 13 de abril del 2000, de 8 y 16 de noviembre de 2001 y de 5 de marzo de 2009), y la reciente Sentencia de 9 de diciembre de 2016(Recurso de Casación núm. 731/2014). En ellas se afirma su carácter local y de servicio casi imprescindible.

Por otra parte, en FUNERÀRIA FONTAL, la Autoritat Catalana de la Competència, en una resolución confirmada por el Tribunal Supremo, afirmaba lo siguiente¹⁹:

En segundo lugar, hay que delimitar el mercado geográfico de los servicios de tanatorio. Aunque desde la liberalización del sector y, en particular, desde el año 2005, el mercado de los servicios funerarios podría ser considerado desde la óptica de la oferta como de ámbito geográfico nacional, sus particulares características, en especial de la demanda, llevan a concluir que es un mercado de carácter local.

29. Sirvan los anteriores ejemplos para ilustrar hasta qué punto la consideración del mercado de tanatorio como de ámbito local estaba consolidada -sin perjuicio, como decimos, de que en materia de concentraciones se requiera un análisis ad hoc-, por lo que soslayar dicha posibilidad, como hace FUNESPAÑA, debe calificarse al menos de negligencia inexcusable.

¹⁷ Mercados de servicios funerarios, de tanatorio y de cementerio en las localidades de Soria capital, El Burgo de Osma y San Esteban de Gormaz, el mercado de servicios de tanatorio de S. Leonardo de Yagüe y el mercado de servicios de cremación en Soria capital, en el expediente C-964/18 MEMORA/SERFUNTAN y los mercados de servicios funerarios, de tanatorio, de cementerio y de cremación en Alcorcón, Getafe, Fuenlabrada y Pinto en el expediente C-1044/19 MEMORA/MONTERO.

¹⁸ Resolución de la CNMC de 12 de septiembre de 2017, expediente SAMAD/12/10

¹⁹ Resolución de 2 de julio de 2015, expediente n.º 41/2012.

▪ **Precedentes alegados por Funespaña**

30. A pesar de la inexistencia de precedentes que avalaran tal consideración FUNESPAÑA apreció, tal como hemos indicado, toda la isla de Gran Canaria para determinar las cuotas de mercado de las instalaciones localizadas en San Bartolomé de Tirajana y toda la isla de Lanzarote para las instalaciones de Arrecife. Ello supone considerar una isócrona superior a una hora de desplazamiento en coche en el caso de San Bartolomé de Tirajana y de 30 minutos, en el caso de Arrecife para todos los mercados minoristas considerados.

FUNESPAÑA alega haber realizado tal valoración basándose en el precedente C/0370/11 MAPFRE/ACCIONISTAS SINDICADOS/FUNESPAÑA mencionado más arriba.

Al respecto debe considerarse que en el citado expediente, la operación fue notificada por la superación del umbral de facturación (artículo 8.1 b) y no por el de cuota de mercado. Por ello no cabe concluir, como hace FUNESPAÑA que «*la autoridad consideró que la provincia era el ámbito geográfico relevante para analizar el mercado de los servicios funerarios y de tanatorio*», pues en este caso, al no existir solapamiento provincial entre las actividades de las partes, el análisis de la operación resultaba irrelevante a nivel local.

31. La empresa cita otros mercados que se definen como de **ámbito geográfico insular**. Debe analizarse sin embargo que tales mercados son distintos del funerario y que en ellos existen razones suficientes para tal definición que no concurren en el presente expediente.

En el caso de la distribución minorista de combustibles para automoción a través de estaciones de servicio, C/0366/11 CEPSA/CHESA, la extinta CNC consideró el mercado a nivel insular frente a la alternativa del archipiélago canario.

En aquel supuesto, el test de mercado dio como resultado que la existencia de sustituibilidad basada en precios y, en consecuencia una definición de mercado correspondiente con el archipiélago canario. Tales condiciones no resultan sin embargo creíbles en el caso del sector funerario a la luz de los precedentes²⁰. La propia FUNESPAÑA considera inviable tal definición para el sector funerario.

A ello ha de añadirse que la definición del mercado geográfico de distribución minorista de carburantes a través de estaciones de servicio, desde el precedente C/0835/17 CEPSA/ VILLANUEVA/PAZ (y posteriormente en C/0890/17DISA/ GESA y C/0980/18 BP/ PETROCORNER y KUWAIT Petroleum), ha evolucionado hacia un ámbito más local. Dicha definición local se basa en isócronas, en términos de distancias de conducción, según su localización, de forma que, si es una estación de servicio situada en zona urbana, la isócrona considerada es de 10 minutos de conducción desde la estación de servicio y de 20 minutos si se encuentra en zona rural.

²⁰ C/0765/16 CATALANA OCCIDENTE/GRUPO PREVISORA BILBAINA/GRUPO FUNERARIO ARROITIA, C/0928/18 GRUPO CATALANA OCCIDENTE/SOCIEDADES ADQUIRIDAS.

En el sector de los servicios funerarios hay otros factores diferentes a los precios por los que las familias optan por unas empresas funerarias u otras. Al analizar el test de mercado realizado en el marco de la operación C/1086/19 SANTA LUCIA/FUNESPAÑA, donde los operadores apuntaron que los mercados mayoristas vinculados a las instalaciones funerarias (tanatorio, cementerio y crematorio) tienen carácter local²¹.

32. En el otro precedente citado por FUNESPAÑA, **el de distribución minorista de bienes de consumo diario**, (asunto N-03062 EROSKI/MERCAT), la CNC consideró la isla de Mallorca como un mercado en sí mismo. Efectivamente el informe establece:

En el caso de Mallorca, el notificante ha localizado 9 grandes superficies comerciales situadas 4 en Palma, 2 en Manacor, 1 en Inca, 1 en Marratxí y otra en Sant Llorenç des Cardassar, en cuyas áreas de influencia se dan situaciones de solapamiento entre las poblaciones cercanas.

En casos como el de Mallorca, en el que los mercados locales en los que está presente MERCAT guardan tal relación entre sí que se solapan y cubren sin fisuras un área más amplia, el TDC ha considerado que se podría delimitar el mercado a un nivel superior al local, llegando incluso a considerar un ámbito provincial e incluso nacional. En el caso que nos ocupa, este Servicio ve apropiado considerar Mallorca como un mercado en sí mismo a efectos de la presente operación.

Es decir, en el citado caso, -consideradas las circunstancias de solapamiento de áreas de influencia que cubrirían sin fisuras todo el territorio de la isla- el mercado insular se tuvo en cuenta para analizar los posibles obstáculos a la competencia efectiva en los mercados concernidos, sin que dicha definición geográfica tuviera consecuencias sobre la superación del umbral de notificación. Nunca se produjo sin embargo una deficiencia insular con vistas a valorar la superación del umbral de notificación previsto en el apartado 8.1.a).

▪ Valoración de la Sala

33. Debe comenzarse afirmando que tanto de acuerdo con la definición tradicional de mercado de producto, como con la empleada en los últimos expedientes, la concentración requiere atención por lo que debe analizarse la perspectiva geográfica para determinar si existe o no obligación de notificación previa de la operación.
34. Tiene razón FUNESPAÑA cuando afirma que la norma no le obliga a aplicar necesariamente la definición más estrecha posible pero debe analizarse si existe suficiente amparo para la definición de la que la empresa ha partido.
35. En primer lugar debe afirmarse que, del análisis realizado, se deriva que no existían a la fecha de la concentración **precedentes** ni definiciones que permitieran a la empresa considerar de manera razonable que no existiese obligación de notificar la concentración basándose en una definición amplia del mercado geográfico. Los citados precedentes en materia funeraria parten de una definición local de los mercados y solo algunas

²¹ Nota sucinta: <https://www.cnmc.es/expedientes/c108619>.

circunstancias específicas en algunos casos han permitido delimitaciones geográficas más amplias.

La notoriedad de los precedentes no deja lugar a dudas, máxime a la vista del número de operaciones mencionadas en este sector y la publicidad de los informes y resoluciones correspondientes. Un operador tan relevante como FUNESPAÑA no puede desconocer unas consideraciones tan pacíficas, que han llevado a la generalidad de los sujetos del mercado funerario a notificar sus operaciones tomando en consideración el mercado geográfico local.

Lo anterior no era desconocido para FUNESPAÑA, que en su escrito de alegaciones al acuerdo de incoación afirma lo siguiente:

Sin embargo, tal y como se ha indicado en el apartado 1, la definición de mercado aplicable en el momento de ejecución de la Operación, a la luz de numerosos precedentes de la CNMC y sus organismos predecesores, era la definición de mercado "tradicional", según la cual el ámbito geográfico del mercado de la prestación de servicios de tanatorio podría: (i) tener alcance municipal; (ii) extenderse a la zona de influencia de un determinado municipio, a una comarca, o a una región; e, incluso, (iii) podría abarcar toda la provincia, según las circunstancias de cada caso.(énfasis añadido).

Es decir, FUNESPAÑA era consciente de que la afectación municipal debía ser al menos tenida en cuenta a la hora de valorar la obligación de notificar.

En el mismo sentido, otros operadores que se han encontrado en la misma tesitura que FUNESPAÑA, han notificado teniendo en cuenta el mercado geográfico local²². Ello indica que no podía ser en ningún caso desconocida para FUNESPAÑA la relevancia de este parámetro.

36. Debe recordarse también que nuestro sistema permite a las entidades la realización de un **procedimiento de consultas previas y pre-notificación** que les permite la realización de consultas preliminares en caso de que surjan cuestiones previas a la notificación formal de las operaciones.

Sin desconocer que tales mecanismos tienen carácter voluntario, no puede obviarse que habrían sido las herramientas idóneas a las que FUNESPAÑA podría haber acudido en caso de considerar que la definición de los precedentes era obsoleta o no debía ser aplicada en esta ocasión.

37. En lugar de lo anterior, FUNESPAÑA optó por realizar una **definición alternativa** a los precedentes en el sector e intentar persuadir a la CNMC con posterioridad de que los precedentes no expresaban una conclusión tan clara, por lo que había espacio para una definición geográfica alternativa. Siendo tal definición posible, FUNESPAÑA debería

²² C/0765/16 CATALANA OCCIDENTE/GRUPO PREVISORA BILBAINA/GRUPO FUNERARIO ARROITIA, C-964/18 MEMORA/SERFUNTAN, C-1044/19 MEMORA/MONTERO, C/1157/20 CATALANA OCCIDENTE/ FUNERARIA ARANGUREN y C/1178/21 ELYSIUS/JUANALS.

haber aportado argumentos convincentes que acreditaran suficientemente la razonabilidad de una definición de mercado alternativa a la de la DC.

Tal exigencia no puede considerarse inversión de la carga probatoria. En sede sancionadora debe existir especial cautela con los derechos de los administrados.

Sin embargo las empresas deben poder ofrecer una argumentación convincente que, basándose en elementos objetivos sólidos, permitiera concluir que el mercado relevante a efectos de los servicios funerarios o los de tanatorio era superior al municipal.

Cuando los precedentes señalan un mercado relevante con tanta consistencia, el operador que pretenda desvirtuar dicha consideración debe obrar con especial celo y prudencia. No se puede admitir una conclusión subjetiva novedosa sobre una cuestión tan asentada si no va acompañada de un análisis exhaustivo que incida en los fundamentos de la concepción tradicional.

Sin embargo, puede considerarse que, tal como se indicaba en el epígrafe precedente, el examen de los precedentes realizado por FUNESPAÑA ha adolecido de falta de rigor ya que no menciona precedentes del sector y los mencionados de sectores distintos presentan diferencias sustanciales como para ser considerados suficientes para alcanzar las conclusiones en que se basó su actuación.

38. No cabe, en opinión de esta Sala, asumir la alegación de FUNESPAÑA de que, aunque el mercado fuera considerado local, las isócronas consideradas por la DC no se habrían calculado bien, ya que deberían haberse tenido en cuenta no solo la **distancia entre las áreas de influencia más distantes entre sí sino también con las instalaciones intermedias** -como se habría hecho en el mercado del comercio minorista citado-.

Para asentar su alegación las empresas alegan el precedente mencionado de comercio minorista que no resulta de aplicación. Como se ha indicado previamente, en el citado caso, la consideración de un mercado insular se basó en circunstancias del supuesto concreto (solapamiento de áreas de influencia y cobertura entre ellas de toda la isla) y en ningún caso para determinar el umbral de notificación.

La empresa cita también el asunto CATALANA OCCIDENTE/FUNERARIA ARANGUREN que en opinión de esta Sala tampoco puede servir como precedente por dos razones. La primera por el hecho de que en aquel caso las empresas notificaron la concentración sin requerimiento previo, lo que no sucedió en el supuesto que nos ocupa.

La segunda que en aquel supuesto la consideración de una isocrona de 20 minutos implicó la determinación de sustituibilidad por unas circunstancias muy excepcionales derivadas de los hechos concretos del expediente que no pueden asumirse como parámetro extrapolable con carácter general²³.

²³ En el citado expediente se manifiesta expresamente que una valoración «que podría parecer excesiva» está justificada en el supuesto concreto por las circunstancias concretas del tanatorio en cuestión, especialmente el escaso uso y conocimiento del tanatorio de reciente creación.

«(45) Respecto a Muskiz, la definición propuesta **implica considerar que los tanatorios existentes en los municipios incluidos en la comarca del Gran Bilbao, situados en una isócrona de 30 minutos**

39. Por último debe analizarse la alegación de FUNESPAÑA sobre las **cuotas de mercado**.

La empresa alega que en 2018, aunque en San Bartolomé de Tirajana ALIANZA ha prestado [150-250] servicios de los 339, no puede considerarse que supera el 50% de cuota de mercado. Ello sería así porque solo [50-100] de los fallecidos habrían sido captados en el municipio. Hacen además dos cálculos alternativos, uno que considera solo los fallecidos cuya residencia en el municipio está acreditada y otro que incluye aquéllos cuya residencia no está acreditada.

A este respecto debe afirmarse que la residencia de los fallecidos carece de relevancia para calcular las cuotas de mercado ya que tal criterio está desprovisto tanto de base normativa como de trascendencia económica.

40. Cuanto antecede lleva a esta Sala a considerar que una actuación diligente de FUNESPAÑA debería haberle llevado a calcular las cuotas de mercado tomando como base, al menos de manera inicial, el escenario local. De este modo, al obtener en el mercado minorista de tanatorio una cuota de casi el [50-60%], una diligencia razonable le habría exigido, como mínimo, acudir a los mecanismos previos a la notificación a la CNMC. De este modo habría podido contrastar su apreciación sobre el mercado relevante, contraria a los precedentes, o revisarla y notificar formalmente la operación tal como exige el artículo 8.1 a) de la LDC (de conformidad con las definiciones de mercado vigentes en el momento de ejecución de la operación)

41. Se concluye por tanto que **la operación supera el umbral del 50% de cuota del mercado relevante** establecido en el artículo 8.1 a) de la LDC para el caso de empresas adquiridas cuya facturación no supere los 10 millones de euros (como es el caso de ALIANZA CANARIA en 2018, año inmediatamente anterior a la ejecución de la operación), concretamente en el mercado minorista de servicios de tanatorio en San Bartolomé de Tirajana, de conformidad con las definiciones de mercado vigentes en el momento de ejecución de la operación.

También supera dicha cuota bajo las nuevas definiciones de mercado de producto que fueron planteadas en los últimos precedentes a fecha de la ejecución de la operación (C-964/18 MEMORA/SERFUNTAN y C-1044/19 MEMORA/MONTERO) y consideradas

alrededor del tanatorio de Muskiz, son sustituibles para los fallecidos en este municipio, lo que en principio podría parecer excesivo.

(46) No obstante, el notificante señala que en 2019 solo una pequeña parte de los fallecidos de Muskiz fueron velados en el tanatorio existente en su localidad (abierto en 2018 y aún poco conocido), en concreto [0-5] de aproximadamente 78 fallecidos que el notificante estima, se habrían producido en esa localidad, lo que demostraría que los habitantes de Muskiz acuden habitualmente a los tanatorios de la margen izquierda de la ría de Bilbao para la prestación de dicho servicio, a pesar de la distancia existente.

(47) Esta Dirección de Competencia considera que dicha circunstancia puede deberse a que el tanatorio de Muskiz es una instalación nueva y poco conocida, lo que hace que los habitantes de dicha localidad sigan desplazándose fuera de la misma para velar a sus fallecidos. A la vista de ello, en la presente operación se considerará una isócrona de 15-20 minutos de desplazamiento en coche, que además de Muskiz incluya las poblaciones de Portugalete, Santurce y Baracaldo, situadas en la margen izquierda de la ría de Bilbao, a 13, 17 y 18 minutos de desplazamiento en coche respectivamente desde Muskiz, según datos aportados por el notificante, todas ellas con tanatorios. También se valorará la operación a nivel municipal».

en el informe de paso a segunda fase en el expediente C/1086/19 SANTALUCIA/FUNESPAÑA, en concreto en los mercados mayoristas de tanatorio, de crematorio y de cementerio de San Bartolomé de Tirajana, así como en el mercado mayorista de crematorio de Arrecife.

42. Por ello, de acuerdo con el artículo 8.1 de la LDC, la operación era notificable a la CNMC.

B. Carácter doloso o negligente de la conducta

43. Como ya se ha adelantado anteriormente, esta Sala debe dilucidar no solo si existía la obligación de notificar la concentración con carácter previo a su ejecución, sino si la ausencia de notificación se basó en criterios razonables consecuencia de un examen diligente. En otras palabras, debe comprobarse la **existencia o no de culpabilidad**, sea por vía de dolo o negligencia, como condición de posibilidad de la sanción.
44. En relación con el elemento subjetivo de la infracción, las autoridades españolas de competencia han reiterado en varias Resoluciones que, los principios del Derecho Penal son de aplicación con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador, de conformidad con lo estipulado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo²⁴.

Así, en las Resoluciones de 14 de marzo de 2017 del Expediente SNC/0074/16 CONSENUR²⁵ y de 16 de octubre de 2015, del expediente SNC/DC/0037/15 GRIFOLS²⁶, recordando la doctrina del Tribunal Supremo, 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. (STS 20-12-96).

Asimismo, el Consejo de la CNMC en la citada Resolución de 14 de marzo de 2017 analizó el elemento subjetivo del tipo infractor, teniendo en cuenta una serie de circunstancias que eran reveladoras de una responsabilidad de la empresa a título cuando menos negligente. A estos efectos señalaba:

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

²⁴ 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.

²⁵ Resolución de 14 de marzo de 2017 en el Expediente SNC/0074/16 CONSENUR.

²⁶ Resolución de la CNMC de 16 de octubre de 2015 Expediente SNC/DC/0037/15 GRIFOLS.

(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).

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».

La jurisprudencia de la Audiencia Nacional 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 adquirente²⁷:

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.

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) haciendo el siguiente pronunciamiento:

*La actuación del GRUPO ISOLUX debe considerarse, cuando menos, negligente al promoverse la presentación de la escritura pública de fusión en el Registro Mercantil sin haberse notificado previamente el acuerdo de ejecución de la concentración, especialmente teniendo en cuenta las consecuencias que ello implica desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. No debe olvidarse que el fundamento de este tipo de infracciones radica en que no se puede dejar al arbitrio de los afectados la decisión sobre cuándo y cómo se debe notificar, o incluso sobre si se debe notificar. La LDC pone a disposición de los interesados instrumentos para evitar situaciones como la presente y así la consulta previa prevista por el artículo 59 RDC, permite verificar la notificabilidad de la operación de concentración, y también el momento en que debe notificarse, siempre antes de su ejecución. **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. (énfasis añadido).*

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de enero de 1998 estableció

«aunque la culpabilidad de la conducta debe también ser objeto de prueba, debe considerarse en orden a la asunción de la correspondiente carga, que ordinariamente

²⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2006.

los elementos volitivos y cognoscitivos necesarios para apreciar aquélla forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos, o en su vertiente normativa, que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta, en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa».

45. En este caso hay que valorar si FUNESPAÑA ha actuado con la debida diligencia al no notificar la concentración con carácter previo a su ejecución ni haber acudido a los mecanismos de consulta previa o prenotificación, a disposición de los operadores con carácter voluntario para aquellos casos en los que existen serias dudas sobre la concentración rebasa o no los umbrales de notificación fijados en el artículo 8 LDC.
46. Los precedentes existentes, que no permiten inferir la existencia de un mercado geográfico distinto al municipal, llevan a concluir que la conducta de FUNESPAÑA ha sido cuando menos negligente.

La empresa ha tomado como base algunos datos aislados de resoluciones que afectan a mercados distintos del controvertido.

Si FUNESPAÑA se hubiera ceñido al elemento más relevante de los expedientes que cita (esto es, al análisis del mercado relevante con incidencia en la notificabilidad de las concentraciones) habría llegado a la conclusión de que un mercado distinto del municipal no podía en ningún caso asumirse por ella de manera directa en este supuesto. Si las definiciones precedentes le generaban algún tipo de duda, debería haberla planteado a la Comisión que, a tal efecto, cuenta con los procedimientos voluntarios a los que se alude más arriba.

Un análisis diligente de los operadores que se encuentran ante la disyuntiva de notificar o no una concentración, debe incluir necesariamente el examen de la cuota de mercado, si no en absolutamente todas sus variantes, sí al menos en las principales y que gocen del más alto grado de plausibilidad.

FUNESPAÑA tenía la posibilidad de argumentar la existencia de un mercado geográfico distinto del municipal en los servicios funerarios pero no puede considerarse razonable que omita de plano el examen de la cuota de mercado de alcance municipal. No se le reprocha a FUNESPAÑA haber llegado a una conclusión diferente a la fijada en los precedentes en la definición del mercado. Sin embargo haber omitido en su análisis una posibilidad tan insoslayable como la consideración del municipio como mercado de referencia no puede considerarse aceptable. La alegación de FUNESPAÑA sobre la existencia de «duda razonable» no puede acogerse por las razones expuestas. La ausencia de este ejercicio de prudencia, a la luz de los precedentes y del conocimiento del sector por parte de FUNESPAÑA, lleva a esta Sala a considerar la existencia de negligencia.

C. Conclusión

47. Cuanto antecede lleva a esta Sala a considerar que la conducta debe ser tipificada como infracción por incumplimiento del artículo 9 de la LDC de la que es responsable FUNESPAÑA como parte obligada a la notificación.

TERCERO. Determinación de la sanción

48. Conforme al artículo 63.1.b) de la LDC en el caso de infracciones graves, 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.
49. La facturación consolidada de FUNESPAÑA en el año 2019, último año para el que existen cuentas auditadas de la compañía según la empresa, comunicada en respuesta al requerimiento realizado en el presente expediente ascendió a [>60] millones de euros.
50. 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.

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.

51. 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 ley. En particular, teniendo presente el principio de proporcionalidad, esta Sala considera que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el importe de la sanción las siguientes cuestiones:

- La importancia de la cuota de mercado en el mercado relevante de la empresa adquirida,
- el carácter negligente de la conducta,
- el hecho de que la situación de irregularidad se mantuvo durante un periodo elevado de tiempo (superior a 15 meses, si bien la CNMC tuvo conocimiento de ello a través de FUNESPAÑA a los 5 meses) y
- el hecho de que se trata de una operación de concentración autorizada en primera fase por la Resolución del Consejo de 2 de marzo de 2021, en la que no se aprecian, considerada de forma aislada, amenazas para la competencia ni perjuicios concretos a los consumidores ni a otros operadores del mercado.

Ello no obstante se aprecia la existencia de circunstancias **aggravantes**:

- La ejecución sin notificación previa de la presente operación se produjo con posterioridad a la prenotificación de la adquisición de FUNESPAÑA por SANTA LUCIA.
- En la operación de adquisición de FUNESPAÑA, notificada a la CNMC el 20 de diciembre de 2019, no se menciona a ALIANZA CANARIA como filial de FUNESPAÑA. No existe referencia ni en el formulario de notificación ni en sus Anexos, ni siquiera en el apartado 4.5 del formulario en el que se solicita expresamente información de las empresas adquiridas por las partes en los últimos tres años. (la operación se había ejecutado aproximadamente veinte días antes de la notificación).
- Aunque la imputada comunicó *motu proprio* a la CNMC la existencia de la operación el 2 de abril de 2020, no la notificó voluntariamente a la CNMC, sino tras requerimiento expreso de esta, según lo establecido en el artículo 9.5 de la LDC.

En este sentido debe afirmarse que, en contra de lo afirmado por FUNESPAÑA, no se considera que la comunicación inicial de la existencia de concentración sea una agravante de su responsabilidad. Sí lo es sin embargo, el hecho de que la notificación formal no se produjera hasta que no hubo requerimiento expreso por parte de la DC.

En este aspecto es constante el parecer de la autoridad de competencia respecto de las notificaciones extemporáneas, expresado en multitud de resoluciones entre las que se puede recordar la de 26 de enero de 2010 (Expte. SNC/0003/09 ABERTIS-TRADIA) en la que se señala que *«la 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»*.

52. Respecto de la **forma de cuantificar la sanción**, la LDC es clara en cuanto a que el volumen de negocios relevante es el de la empresa infractora (en este caso FUNESPAÑA, que es a la que concernía la obligación de notificar ex art. 9.4.b. de la LDC). Ello opera sin perjuicio de que, de conformidad con el artículo 64 de la LDC, sea preciso tener en cuenta el volumen de negocios de la empresa adquirida en el mercado relevante a efectos de graduación.
53. En definitiva, el Consejo valora que el hecho por el que se sanciona en este expediente es el incumplimiento del artículo 9 de la LDC por lo que, atendiendo a la naturaleza de la infracción, esto es, que se trata de una infracción al procedimiento, considera proporcionado imponer una sanción de 100.000 euros.

Por cuanto antecede, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

V. RESUELVE

Primero. - Declarar que la ejecución de la adquisición por FUNESPAÑA, S.A. del control exclusivo de FUNERARIA ALIANZA CANARIA, S.L llevada a cabo el 29 de noviembre de 2019, sin haber sido previamente notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, constituye una infracción grave del artículo 62.3.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que se considera responsable a FUNESPAÑA, S.A.

Segundo. - Imponer a FUNESPAÑA, S.A. la sanción de multa de 100.000 euros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63.1 b) de la LDC.

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 FUNESPAÑA, S.A. 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.