

RESOLUCIÓN**Expediente SNC/DC/045/21 ALBIA / TANATORIOS MOSTOLES****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidenta**D^a. Cani Fernández Vicién**Consejeros**D^a. María Ortiz AguilarD^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 13 de julio 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 ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.U. 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.

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES DE HECHO	2
II.	LAS PARTES	3
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 Albia	9
	▪ Valoración de la Sala	12
	B. Carácter doloso o negligente de la conducta	17
	C. Conclusión	20
	TERCERO. Determinación de la sanción	20
V.	RESUELVE	22

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Durante la tramitación en primera fase del expediente C/1086/19 SANTA LUCÍA/FUNESPAÑA, la **Dirección de Competencia (DC)** tuvo conocimiento de la **adquisición del control exclusivo de TANATORIOS MÓSTOLES, S.L. por parte de ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.U.** (en adelante «ALBIA») a través de la adquisición de la totalidad de su capital social.
2. El día 20 de abril de 2020 la DC solicitó informalmente a SANTA LUCÍA, S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS (en adelante «SANTA LUCÍA»), matriz de ALBIA, información necesaria para determinar si en dicha operación concurrían las circunstancias para su notificación obligatoria, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). El 12 de mayo de 2020 SANTA LUCÍA respondió a dicho requerimiento de información también informalmente, señalando que la operación se había ejecutado el 31 de octubre de 2019.
3. El 15 de julio de 2020 se incorporó dicha información al expediente DP/ACP/055/20, tras obtener la conformidad de SANTA LUCÍA al respecto por razones de eficiencia. En el marco de dicho expediente, la DC realizó un requerimiento de información el 5 de agosto de 2020 por entender que la información aportada por SANTA LUCÍA era insuficiente para determinar si la operación superaba el umbral de notificación previsto en el artículo 8.1 a) de la LDC. El requerimiento fue cumplimentado el 26 de agosto de 2020 de manera incompleta, siendo completado el 26 de octubre de 2020 tras requerimiento de 19 de octubre.
4. Con fecha 11 de noviembre de 2020 se hizo un nuevo requerimiento de información a SANTA LUCÍA, que fue contestado el 24 de noviembre de 2020.
5. El 13 de enero de 2021, en aplicación del artículo 9.5 de la LDC, la DC **requirió a ALBIA la notificación de la operación de concentración** analizada, por considerar que superaba el umbral establecido en el artículo 8.1.a) de la LDC.
6. El 10 de febrero de 2021 tuvo entrada en la CNMC el formulario ordinario de **notificación de la operación de concentración económica** consistente en la adquisición del control exclusivo de TANATORIOS MÓSTOLES por parte de ALBIA, que dio lugar al expediente C/1167/21 ALBIA/TANATORIOS MOSTOLES. En el formulario de notificación constaba que la operación se había ejecutado el 31 de octubre de 2019.
7. El 20 de abril 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.
8. El 15 de abril de 2021 la DC acordó la **incoación de expediente sancionador** SNC/DC/045/21 (folios 425-428) contra ALBIA 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 Ley¹. El acuerdo de incoación se notificó el 16 de abril de 2021². Adicionalmente, se solicitó a ALBIA información relativa a su volumen de negocios total en 2020, o en el caso de que las cuentas correspondientes a ese año no hubieran sido auditadas, la correspondiente a 2019 (folios 429-433).

9. El 30 de abril de 2021 ALBIA aportó información de su volumen de negocio total en 2019, por cuanto las cuentas correspondientes a 2020 no habían sido auditadas aún (folios 470-473).
10. Con fecha 10 de mayo de 2021 ALBIA presentó alegaciones a la incoación del presente expediente sancionador (folios 477-490).
11. El 14 de junio 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 ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.U. del control exclusivo de TANATORIOS MÓSTOLES, S.L. llevada a cabo el 31 de octubre 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 ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.U.*

***Tercero:** Que se imponga a ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.U la sanción de multa por la cuantía de 300.000 euros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63.1 c) de la LDC.*

12. El 6 de julio de 2021 fueron presentadas las **alegaciones** de ALBIA a la propuesta de resolución en las que solicita a la Sala de Competencia que proceda al archivo del expediente sancionador o, subsidiariamente, acuerde la imposición de una sanción sustancialmente inferior a la propuesta por la DC.

II. LAS PARTES

13. **ALBIA** es una sociedad española perteneciente al grupo asegurador SANTA LUCÍA que está activa en la prestación integral de servicios funerarios en España. En concreto, el grupo conformado por ALBIA y sus filiales prestarían actualmente

¹ 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),

² De conformidad con lo establecido en el artículo 40 y siguientes de la Ley 39/2015.

servicios funerarios en 26 provincias españolas³, gestionando 82 tanatorios, 25 crematorios y 4 cementerios. Adicionalmente, ALBIA ejerce control conjunto de varias empresas funerarias⁴, disponiendo asimismo de participaciones minoritarias en algunas otras⁵.

14. El volumen de negocios de ALBIA y las sociedades bajo su control en 2019, conforme al artículo 5 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, fue de [**>60**] millones de euros, según datos aportados por dicha empresa (folio 473).
15. **TANATORIOS MÓSTOLES** es una sociedad española que está activa en la prestación integral de servicios funerarios que gestiona, mediante concesión, un tanatorio y un crematorio públicos en Móstoles (Madrid). En 2019, TANATORIOS MÓSTOLES obtuvo en España unos ingresos de [**<60 millones de**] euros.

III. HECHOS ACREDITADOS

16. El 31 de octubre de 2019 ALBIA **ejecutó** la operación de concentración económica consistente en la adquisición del control exclusivo de TANATORIOS MÓSTOLES.

Tal operación se instrumentó mediante la firma, el 4 de junio de 2019 de un contrato de compraventa de participaciones sociales entre ALBIA y los accionistas de esa empresa, que fue elevado a público el 31 de octubre de 2019, dándose por cumplidas las estipulaciones incluidas en el mismo, por lo que la operación estaría ejecutada desde entonces⁶.

17. ALBIA aportó información de la cuota que TANATORIOS MÓSTOLES había presentado en los tres últimos ejercicios en los mercados minoristas de servicios

³ En 25 de ellas, ALBIA tiene instalaciones funerarias, en concreto en La Coruña, Asturias, Pontevedra, Lugo, Álava, Guipúzcoa, Vizcaya, Almería, Cádiz, Granada, Huelva, Jaén, Málaga, Cantabria, Burgos, Castellón, Valencia, Ciudad Real, Toledo, Huesca, Teruel, Zaragoza, León, Madrid y Navarra. En Ceuta, aunque no tiene instalaciones presta servicios funerarios.

⁴ ELYSIUS EUROPA, SL (30%), TANATORIO DE CÓRDOBA, SA (29,5%) y FUNERARIAS DEL PRINCIPADO (30%), que conjuntamente gestionan 46 tanatorios, 12 crematorios y 19 cementerios localizados en 5 provincias (Barcelona, Gerona, Tarragona, Asturias y Córdoba).

⁵ ISABELO ÁLVAREZ MAYORGA, S.A. (50%), INICIATIVAS ALCAESER S.L. (50%), 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 FUNESPAÑA, que conjuntamente gestionan 51 tanatorios, 4 crematorios y un cementerio localizados en 7 provincias (Badajoz, Cáceres, Murcia, Ávila, Cádiz, Jaén y Sevilla).

Adicionalmente, ALBIA tiene participaciones minoritarias en POMPAS FÚNEBRES BADALONA, SA, (25%), TANATORIO AS BURGAS; SL (14,54%) y SERVICIOS FUNERARIOS TORRERO, SA. (10%) que conjuntamente gestionan 9 tanatorios, 3 crematorios y 2 cementerios localizados en 3 provincias (Barcelona, Orense y Zaragoza).

⁶ 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.

funerarios, de servicios de tanatorio y de servicios de crematorio de Móstoles⁷, localidad relevante para el análisis de la operación, al ser en ella donde TANATORIOS MÓSTOLES contaba con instalaciones funerarias. Esta información se corresponde con las definiciones de mercado de producto consideradas tradicionalmente en los precedentes analizados en ese sector, que se recogen en numerosos informes públicos en la web de la CNMC⁸ y vigentes en el momento de ejecución de la operación.

18. Según los datos aportados por ALBIA, **la cuota de TANATORIOS MÓSTOLES en 2018**, año inmediatamente anterior a la ejecución de la operación, ascendería al **[0-10%]** del mercado minorista de servicios funerarios, al **[60-70%]** del **mercado minorista de servicios de tanatorio** y al **[30-40%]** del mercado minorista de servicios de cremación en Móstoles, con base en el número de servicios de cada tipo prestado por esa funeraria en 2018, respecto al número total de fallecidos censados en dicho municipio⁹.
19. Por tanto, la operación **superaría 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 TANATORIOS MÓSTOLES en 2018, año inmediatamente anterior a la ejecución de la operación), concretamente **en el mercado minorista de servicios de tanatorio en Móstoles**, de conformidad con las definiciones de mercado vigentes en el momento de ejecución de la operación.
20. También superaría 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 finalmente consideradas por la Dirección de Competencia en el informe de paso a segunda fase en el expediente C/1086/19 SANTALUCIA/FUNESPAÑA, en concreto en los mercados mayoristas de tanatorio y de crematorio de Móstoles¹⁰.
21. El 13 de enero de 2021, sin mediar previa notificación, **la DC requirió a ALBIA la notificación de la operación de concentración económica** consistente en la adquisición del control exclusivo de TANATORIOS MÓSTOLES por parte de ALBIA, en aplicación del artículo 9.5 de la LDC.

El 10 de febrero de 2021 **ALBIA notificó la operación** mediante formulario ordinario, dando lugar al expediente C/1167/21 ALBIA/TANATORIOS MÓSTOLES.

El 20 de abril 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.

⁷ TANATORIOS MÓSTOLES no gestiona ningún cementerio en dicha localidad, por lo que no estaría presente en el mercado minorista de servicios de cementerio.

⁸ C-964/18 MEMORA/SERFUNTAN y C-1044/19 MEMORA/MONTERO, entre otros.

⁹ Según datos procedentes del INE.

¹⁰ 100% en los mercados minoristas de tanatorio y crematorio de Móstoles a nivel municipal.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial y objeto del expediente

22. Corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC la competencia para resolver este procedimiento¹¹.
23. La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DC en su propuesta de resolución, ALBIA 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

24. 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.

25. 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.

¹¹ 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, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia de la CNMC.

26. La **notificación extemporánea** de la notificación no admite duda ya que la operación de concentración ALBIA/TANATORIOS MOSTOLES fue ejecutada por ALBIA el 31 de octubre de 2019, sin que su notificación se realizara hasta el 10 de febrero de 2021, lo que se produjo a requerimiento de la Dirección de Competencia del 13 de enero de 2021.
27. 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

28. 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.
29. 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.
30. En el presente caso se superan los umbrales de notificación tanto en la definición tradicional de mercado como, siguiendo la definición alternativa, en los mercados mayoristas de tanatorio y de crematorio de Móstoles.
31. Debe por tanto analizarse una delimitación geográfica del mercado para determinar la posible superación de los umbrales de notificación.

b. El mercado geográfico

32. 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 en unión con municipios cercanos o incluso con

distritos concretos del municipio de Madrid, dado que tal es la consideración que alega la empresa para no haber realizado la notificación.

▪ **Precedentes referidos a los mercados funerarios**

33. 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 local¹².

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 STEWART¹³.

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».

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

34. Mención especial merece el precedente C/0370/11 MAPFRE/ACCIONISTAS SINDICADOS/FUNESPAÑA, mencionado por ALBIA. 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 —como erróneamente asume ALBIA en sus alegaciones al

¹² 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.

¹³ Expediente N-04046 INTUR/EURO STEWART del extinto Servicio de Defensa de la Competencia (SDC).

acuerdo de incoación—, sino como una forma de incluir información adicional que permitiera contextualizar la situación.

35. 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 «eminente local» de los servicios funerarios, en particular de los tanatorios. Así, en TANATORIOS COSLADA, se hacía un repaso sobre varias resoluciones relativas al sector funerario¹⁴:

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 siguiente¹⁵:

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.

36. 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 ALBIA, debe calificarse al menos de negligencia inexcusable.

▪ **Precedentes alegados por ALBIA**

37. ALBIA señala otros precedentes en los que a su juicio se habría avalado un ámbito supramunicipal para el mercado de servicios de tanatorio.

¹⁴ Resolución de la CNMC de 12 de septiembre de 2017, expediente SAMAD/12/10

¹⁵ Resolución de 2 de julio de 2015, expediente n.º 41/2012.

38. En el C/0765/16 CATALANA OCCIDENTE/GRUPO PREVISORA BILBAINA/ GRUPO FUNERARIO ARROITIA, la DC analizó la incidencia de la operación en los municipios en los que la empresa funeraria adquirida (ARROITIA) estaba presente, aportando asimismo información de las cuotas que presentaba en el mercado de servicios de tanatorio de los municipios de Galdakao y Basauri conjuntamente dado que dicha empresa consideraba que los tanatorios que disponía en dichas localidades conformaban una única instalación, a la vista de su cercanía (5,5 km, casi la mitad de lo alegado por ALBIA en el presente caso), supuesto que, por tanto, tampoco es asimilable al que aquí se analiza. No hay que perder tampoco de vista que en ese caso la notificación fue voluntaria.
39. En cuanto al expediente N-04046 INTUR/EURO STEWART —mencionado más arriba—, el extinto SDC analizó el mercado de los servicios de tanatorio a nivel municipal y no a nivel provincial y autonómico, como señala ALBIA.
40. Así, en términos generales, en aquellos precedentes en los que no resultaba necesario delimitar de forma precisa el ámbito geográfico de los mercados de servicios funerarios, dada la ausencia de solapamiento entre las actividades de las partes, se ha venido analizando la incidencia de la operación en aquellos municipios en los que las empresas adquiridas estaban presentes, analizándose asimismo la información a nivel provincial proporcionada por las partes, al objeto de mostrar una referencia adicional, sin que ello supusiera la aceptación de dicha delimitación geográfica como relevante a efectos del análisis de la operación correspondiente, como sostiene ALBIA.
41. 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 adquiridas gestionaban instalaciones funerarias. En ellos se analizaron los efectos de las correspondientes operaciones.
42. El precedente C/1044/19 MEMORA/MONTERO resulta especialmente relevante para el presente expediente sancionador al coincidir el ámbito geográfico analizado. En dicha operación, que consistía en la adquisición por MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L.U. (MÉMORA) del control exclusivo de SERVICIOS FUNERARIOS MONTERO, S.A. (MONTERO), empresa funeraria que gestionaba instalaciones de tanatorio, crematorio y cementerio en Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe y Pinto, la DC consideró que cada uno de dichos municipios resultaba relevante para el análisis de los mercados de servicios funerarios, de tanatorio, de crematorio y de cementerio de dichas localidades. En ningún momento se planteó considerar un único ámbito geográfico que incluyera esos municipios, ni vinculados a Móstoles, Leganés, los distritos de Carabanchel y Usera y los municipios de su área de influencia, según el ámbito geográfico propuesto por ALBIA en la operación ALBIA/TANATORIOS MOSTOLES. Cuestión distinta, como ya se ha dicho, es que las partes propongan en una operación ámbitos geográficos alternativos y que los mismos sean analizados por la DC.

43. Los precedentes no avalaban por tanto la consideración de un mercado supramunicipal, dándose en este caso la circunstancia de que el mismo mercado (tanatorios) y la misma área geográfica (zona sur de Madrid) fueron objeto de examen por la DC en el citado precedente C/1044/19 MEMORA/MONTERO con carácter previo a la formalización de la toma de control de TANATORIOS MÓSTOLES por parte de ALBIA.

44. A mayor abundamiento, en el expediente C/1044/19, ALBIA tuvo oportunidad de participar en el test de mercado a requerimiento de la DC, mediante escrito de 23 de julio de 2019. Preguntada sobre el mercado geográfico, su respuesta fue elocuente:

«Albia considera que la definición de los mercados geográficos, ya sea para los mercados mayoristas y/o un único o varios mercados minoristas, depende de las circunstancias concretas de cada municipio, comarca o provincia, por lo que no es posible establecer un criterio general aplicable en todo caso.»

En general, habrá que partir del ámbito geográfico más estrecho, el municipio, e ir ampliándolo hasta determinar el ámbito geográfico en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas, y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas, ya sea el área de influencia del municipio en cuestión (formada por los municipios colindantes), una determinada comarca o, incluso, la provincia.» (Énfasis añadido).

45. Es decir, la propia ALBIA era plenamente consciente de que en este mercado el nivel municipal debe ser «en general» el primer objeto de análisis.

46. ALBIA no solo no tuvo en cuenta dichos precedentes que valoraban las correspondientes operaciones a nivel municipal, especialmente el más reciente C/1044/19 MEMORA/MONTERO cuyos efectos se desarrollaba en el mismo ámbito geográfico que la operación ALBIA/TANATORIOS MOSTOLES, sino que además consideró una isócrona de aproximadamente 25-30 minutos de desplazamiento en coche para los mercados minoristas de prestación de servicios funerarios, servicios de tanatorio y servicios de cremación de Móstoles, lo que resulta excesivo, al menos, para el mercado minorista de servicios de tanatorio, relevante a efectos de la superación del umbral de notificación.

47. Por otro lado, resulta preciso destacar que en los precedentes la DC ha utilizado un ámbito geográfico supramunicipal para el mercado de servicios de tanatorio para valorar la operación analizada en diferentes alternativas de mercado geográfico, al objeto de descartar que dicha operación pudiera suponer un obstáculo a la competencia efectiva en los mercados analizados, pero nunca para valorar la superación del umbral de notificación previsto en el apartado 8.1. a), como ALBIA plantea en el caso que se analiza.

48. En este sentido, en el precedente C/0370/11 MAPFRE/ACCIONISTAS SINDICADOS/FUNESPAÑA, señalado por ALBIA, la operación fue notificada por la

superación del umbral de facturación (artículo 8.1 b) y no por el de cuota de mercado, realizando posteriormente la CNMC un análisis de los efectos de la operación en la definición geográfica propuesta por el notificante dado que, al no producirse solapamiento provincial entre las actividades de las partes, el análisis de la operación resultaba irrelevante a nivel local.

La DC debe poder realizar multitud de análisis sin que su criterio definitivo deba quedar maniatado por los exámenes que haga en asuntos concretos. En otras palabras, el hecho de que la DC se plantease examinar la existencia de un mercado no la vincula más allá de los resultados del análisis. Además, tomar la posible existencia de un mercado geográfico para determinar los efectos de una operación, no permite concluir la existencia de dicho mercado a los efectos del deber de notificar, el cual requiere un análisis específico.

49. En cuanto a la alegación de ALBIA de que la ausencia de objeciones de la DC a la definición de mercado propuesta por SANTA LUCÍA para el municipio de Navalcarnero, en el que se incluía Móstoles, al prenotificar la operación C/1086/19 SANTA LUCÍA/FUNESPAÑA, le habría llevado a suponer que dicha definición del mercado geográfico era razonable, no está justificada en la medida en que las objeciones que conciernen a esa operación se han puesto de manifiesto en los trámites procedimentales previstos para ello.
50. ALBIA en ningún caso ha recibido la confirmación de la DC en cuanto a la definición geográfica de mercado en relación con uno de los cientos de municipios afectados en dicha operación, pues esto no ha ocurrido ni puede desprenderse de los trámites realizados hasta la fecha. Lo anterior no obsta para hacer notar que, en cualquier caso, el ámbito propuesto para Navalcarnero en el formulario de prenotificación de la C/1086/19 SANTA LUCÍA/FUNESPAÑA no se corresponde con el que ha definido ALBIA en la operación ALBIA/TANATORIOS MOSTOLES, por lo que una vez más el argumento no sería extrapolable a este caso. La «confianza legítima» mencionada por ALBIA queda, por tanto, sin sustento fáctico ni normativo, pues no hay actuación alguna de la DC de la que se pueda desprender de manera lógica la convicción por parte de la empresa en una suerte de silencio estimatorio de novedosísimo cuño.
51. De modo similar hay que entender el análisis que la DC hace en el informe de la operación C/1167/21 ALBIA/TANATORIOS MOSTOLES del mercado mayorista de tanatorio de Móstoles en una isócrona de 15 minutos de desplazamiento en coche, que sirve para completar el análisis municipal de la operación y valorar así de forma completa los efectos de la misma, pero ni ha sido empleado para aprobar la operación ni para valorar la superación del umbral de notificación previsto en el apartado 8.1.a), como erróneamente señala ALBIA.

▪Valoración de la Sala

52. 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.

53. Tiene razón ALBIA 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. Ni la DC ni esta Sala se inclinan por una definición de mercado por la sola razón de ser esta la más estrecha posible, sino por ser la más relevante después de un minucioso estudio. No se está obligando a las empresas a notificar una operación de concentración siempre que se alcance el umbral según la definición de mercado más estrecha posible y en ese punto es erróneo el razonamiento de ALBIA en sus alegaciones. Si se alcanza ese umbral, no en el mercado más estrecho posible, sino en el más plausible y planteado en los precedentes, la duda debe suscitarse en un operador diligente.
54. 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 circunstancias específicas en algunos casos han permitido delimitaciones geográficas más amplias.
55. 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 ALBIA 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. No queda justificada la alegación de ausencia de claridad en cuanto a las definiciones geográficas vigentes, pues en ese caso se estaría dando un trato distinto y discriminatorio a otras empresas que operan en el mismo sector, cuyas operaciones afectan a estos mismos mercados y han sido diligentemente notificadas de acuerdo con los mismos precedentes que ha tenido en consideración ALBIA.
56. ALBIA menciona en sus alegaciones al acuerdo de incoación los casos de Bergé y Consenur, remarcando que «en ausencia de precedentes precisos de las autoridades de competencia al respecto, definieron ellas mismas los mercados relevantes según su propio criterio y, analizadas las cuotas de las empresas afectadas por las respectivas concentraciones»¹⁶.

Sin entrar a valorar la idoneidad de esos precedentes, las palabras de ALBIA no son en ningún caso aplicables al presente caso, pues no puede hablarse de «ausencia de precedentes precisos». Nos encontramos ante un mercado que ha sido ampliamente estudiado, en el que existen multitud de operaciones de referencia,

¹⁶ Folio 483.

muchas de las cuales —inevitablemente debido a su importancia en el ámbito funerario—, han tenido como protagonista a la propia ALBIA.

57. De hecho, ha habido¹⁷ y hay otras operaciones notificadas¹⁸ en este sector, algunas de ellas por parte de la propia ALBIA, en las que las empresas han cumplido con tal obligación teniendo en cuenta la definición local, siendo, como se ha dicho, en el marco del análisis de la operación en el que se debate y valora si hay supuestos concretos en los que esté justificado analizar un ámbito geográfico diferente, de cara a valorar los efectos de la operación, pero, se insiste, no en cuanto a su notificabilidad.
58. Argumenta ALBIA en sus alegaciones que la DC no puede diferenciar el mercado relevante en función de la finalidad del análisis. Lo que a juicio de esta Sala subyace a tal consideración es el intento de generalizar en todo caso el supuesto excepcional que favorece a ALBIA. En la absoluta mayoría de los supuestos —se ha recordado en el párrafo precedente— los operadores afectados han notificado las concentraciones basándose en el ámbito geográfico municipal, sin que para ello haya mediado normalmente requerimiento expreso de la CNMC. Cuando dichas operaciones se analizan en profundidad, ya sea para autorizar en primera fase o para acordar el inicio de la segunda fase, se producen inevitablemente consideraciones particulares como en el ya mencionado C/1157/20 CATALANA OCCIDENTE/FUNERARIA ARANGUREN y sobre el que volveremos más abajo.
59. Lo que ALBIA propone es que las apreciaciones que sirven para supuestos muy concretos se apliquen sin más a ámbitos geográficos muy diferentes. De este modo se conseguiría que quedara a la subjetiva apreciación de los operadores cuándo notificar, lo que no puede hacerse sin un sólido apoyo en precedentes, que en este caso es inviable. Es después de la notificación, voluntaria y espontánea en la mayoría de los casos, cuando la DC entra a valorar posibles distorsiones competitivas, en el bien entendido de que la notificación ya se ha producido, salvaguardando así el control *ex ante* que se vería indefectiblemente perjudicado de atender los razonamientos de ALBIA. Es en ese momento cuando los análisis de la DC atienden de manera más exhaustiva a situaciones individualizadas. Debe recordarse también que nuestro sistema contempla la realización de un **procedimiento de consultas previas y prenotificación** que permite a las entidades 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 ALBIA podría haber acudido en caso de considerar que la definición de los precedentes era obsoleta o no debía ser aplicada en esta ocasión.

¹⁷ C/0765/16 CATALANA OCCIDENTE/GRUPO PREVISORA BILBAINA/GRUPO FUNERARIO ARROITIA, C-964/18 MEMORA/SERFUNTAN y C-1044/19 MEMORA/MONTERO.

¹⁸ C/1157/20 CATALANA OCCIDENTE/ FUNERARIA ARANGUREN, C-1162-21 ALBIA/Activos JORDIAL y C/1178/21 ELYSIUS/JUANALS.

60. En lugar de lo anterior, ALBIA optó por realizar una **definición alternativa** a los precedentes en el sector e intentar persuadir con posterioridad a la CNMC de que los precedentes no expresaban una conclusión tan clara, por lo que había espacio para una definición geográfica alternativa. Siendo tal definición posible, ALBIA debería 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, pues debe afirmarse de manera contundente que en sede sancionadora debe existir especial cautela con los derechos de los administrados.

61. 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.

62. 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.

63. No es asimilable, en opinión de esta Sala, el asunto CATALANA OCCIDENTE/FUNERARIA ARANGUREN 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 isócrona 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 general¹⁹.

¹⁹ 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 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,

64. Cuanto antecede lleva a esta Sala a considerar que una actuación diligente de ALBIA 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 que superaba holgadamente el 50% previsto en la LDC, 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).
65. 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 TANATORIOS MÓSTOLES en 2018, año inmediatamente anterior a la ejecución de la operación), concretamente en el mercado minorista de servicios de tanatorio en Móstoles, de conformidad con las definiciones de mercado vigentes en el momento de ejecución de la operación.
66. 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 en el informe de paso a segunda fase en el expediente C/1086/19 SANTALUCIA/ FUNESPAÑA, en concreto en los mercados mayoristas de tanatorio y de crematorio.
67. A este respecto debe hacerse especial mención a la alegación de ALBIA de que la autorización en primera fase de la operación habría validado una isócrona de 15 minutos para el mercado mayorista de tanatorio. En línea con lo ya explicado por la DC, y como hemos señalado más arriba, el análisis de los efectos de una concentración es siempre posterior a su notificación —sea esta voluntaria o tras requerimiento— y no puede servir de justificación para apartarse de los precedentes asentados, especialmente en lo que atañe a la notificabilidad de las operaciones. En este sentido no cabe una supuesta «aplicación retroactiva» de dichas consideraciones para eximir a ALBIA de responsabilidad, pues su obligación era notificar la operación; no obsta a lo anterior la necesidad de un análisis exhaustivo por la DC de los posibles efectos distorsionadores de la competencia, para los cuales se utilizan multitud de datos y variables que en sede de notificabilidad no son relevantes.

en la presente operación se considerará una isócrona de 15-20 minutos de desplazamiento en coche, que además de Muskiz incluya las poblaciones de Portugalete²², 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».

68. 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

69. 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.

70. 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 Supremo²⁰.

71. Así, en las Resoluciones de 14 de marzo de 2017 del Expediente SNC/0074/16 CONSENUR²¹ y de 16 de octubre de 2015, del expediente SNC/DC/0037/15 GRIFOLS²², 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).

72. 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:

²⁰ 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.

²¹ Resolución de 14 de marzo de 2017 en el Expediente SNC/0074/16 CONSENUR.

²² Resolución de la CNMC de 16 de octubre de 2015 Expediente SNC/DC/0037/15 GRIFOLS.

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).

73. 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».
74. Para 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 adquirente²³:

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.

75. 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***

²³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2006.

jurídicas que, por su naturaleza, pueden quedar sometidas a autorización de la CNC. (énfasis añadido).

76. 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 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.

77. En este caso hay que valorar si ALBIA 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.

78. Los precedentes existentes, que no permiten inferir la existencia de un mercado geográfico distinto al municipal, llevan a concluir que la conducta de ALBIA ha sido, cuando menos, negligente.

79. La empresa ha tomado como base algunos datos aislados de resoluciones que afectan a mercados distintos del controvertido. Si ALBIA se hubiera ceñido al elemento esencial 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.

80. La falta de utilización de los procedimientos voluntarios no constituye elemento de culpabilidad ni agravante, como equivocadamente razona ALBIA en sus alegaciones, pero esta Sala no puede sino constatar que ALBIA tenía a su alcance las herramientas indicadas para el caso de duda. Es la falta de duda, no en abstracto, sino en atención a los elementos anteriormente citados (claridad de los precedentes, notificaciones de otros operadores en el mercado en situaciones similares o las propias declaraciones de ALBIA entre otros), lo que supone un comportamiento reprochable a ojos de esta Comisión.

81. 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.

82. ALBIA 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 ALBIA 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 ALBIA 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 ALBIA, lleva a esta Sala a considerar la existencia de negligencia.

C. Conclusión

83. 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 ALBIA como parte obligada a la notificación.

TERCERO. Determinación de la sanción

84. 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.

85. La facturación consolidada de ALBIA en el año 2019 comunicada en respuesta al requerimiento realizado en el presente expediente ascendió a **[>60]** millones de euros.

86. 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.

87. 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 sobreprecios, de la omisión de notificación previa se deriva un perjuicio potencial directo sobre los derechos e intereses de los consumidores.

88. 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 (casi 18 meses).
- El hecho de que se trata de una operación de concentración autorizada en primera fase por la Resolución del Consejo de 20 de abril 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.

89. Ello no obstante se aprecia la existencia de circunstancias **agravantes**:

- La ejecución sin notificación previa de la presente operación se produjo con posterioridad a la prenotificación de la adquisición de FUNESPAÑA por SANTA LUCÍA.
- Que la imputada no notificó voluntariamente a la CNMC la operación, sino tras requerimiento expreso de esta, según lo establecido en el artículo 9.5 de la LDC.

90. 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»*.

91. 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 ALBIA, 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.

92. 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 300.000 euros.

93. 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 ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.U. del control exclusivo de TANATORIOS MÓSTOLES, S.L. llevada a cabo el 31 de octubre 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 ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.U.

Segundo. - Imponer a ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.U. la sanción de multa de 300.000 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 ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.U. 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.