

RESOLUCIÓN

ALBIA/TANATORIO DE MARÍN

SNC/DC/092/22

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D.^a Cani Fernández Vicién

Consejeros

D.^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 29 de junio de 2022

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente de referencia incoado por la Dirección de Competencia (**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.

TABLA DE CONTENIDO

I. Antecedentes	3
II. Las partes	4
II.1. ALBIA	4
II.2. TANATORIO DE MARÍN.....	5
III. HECHOS ACREDITADOS	5
IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO	7
IV.1. [PRIMERO] Habilitación competencial y objeto del expediente y propuesta del órgano instructor	7
IV.2. [SEGUNDO] Tipificación de la conducta	7
IV.2.A. Principios generales.....	7
IV.2.B. Sobre los mercados en los que se produce la operación de concentración.....	8
IV.2.B.a. El mercado de producto	8
IV.2.B.b. El mercado geográfico	9
IV.2.C. Sobre la obligación de notificar la operación de concentración	18
IV.2.D. Conclusión sobre la tipificación de la conducta	21
IV.2.E. Culpabilidad e individualización	22
IV.3. [TERCERO] Determinación de la sanción	24
V. RESUELVE.....	26

I. ANTECEDENTES

- (1) Durante la tramitación en primera fase del expediente C/1086/19 SANTA LUCIA/FUNESPAÑA, la DC tuvo conocimiento de la adquisición del control exclusivo de TANATORIO DE MARÍN, S.L. (**TANATORIO DE MARÍN**) por parte de ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.U. (**ALBIA**), filial del grupo SANTA LUCIA, a través de la adquisición de la totalidad de su capital social. Previamente, ALBIA disponía del 50% del capital social de esa entidad¹.
- (2) El día 27 de octubre de 2020 la DC realizó un requerimiento de información a SANTA LUCÍA, S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS (**SANTA LUCÍA**), matriz de ALBIA, en el contexto del expediente DP/ACP/059/20. No constando contestación de SANTA LUCÍA se reiteró el requerimiento el 24 de noviembre, que no fue contestado de manera completa hasta el 17 de febrero de 2021.
- (3) El 13 de diciembre 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.
- (4) Tras la concesión de una ampliación del plazo solicitada por el interesado, el 28 de enero de 2022 tuvo entrada en la CNMC el formulario ordinario de notificación de la operación de concentración económica consistente en la adquisición del control exclusivo de TANATORIO DE MARÍN por parte de ALBIA, que dio lugar al expediente C/1271/22 ALBIA/TANATORIO DE MARÍN. En el formulario de notificación constaba que la operación se había ejecutado el 18 de septiembre de 2019.
- (5) El 11 de abril de 2022, el Consejo de la CNMC resolvió **autorizar en primera fase sin compromisos** la operación de concentración.
- (6) El 7 de abril de 2022 la DC acordó la **incoación de expediente sancionador** SNC/DC/092/22 (folios 76-79) contra ALBIA por la posible comisión de la infracción prevista en el artículo 62.3.b) de la LDC, por incumplimiento de la obligación de notificación establecida en el artículo 9 de dicha Ley. El acuerdo de incoación se notificó el 13 de abril. Adicionalmente, se solicitó a ALBIA información relativa a su volumen de negocios total en 2021, o en el caso de que las cuentas correspondientes a ese año no hubieran sido auditadas, la correspondiente a 2020 (folios 80-84).

¹ Desde 2006, cuando ALBIA adquirió el control exclusivo de ALFONSO IGLESIAS OTERO, S.L.U. uno de los socios fundadores de TANATORIO DE MARÍN y titular del 50% de su capital social. El 50% restante estaba en manos de POMPAS FÚNEBRES. PONTEVEDRA S.L.

(7) El 29 de abril de 2022, ALBIA aportó información de su volumen de negocio total en 2020, por cuanto las cuentas correspondientes a 2021 no habían sido auditadas aún (folios 91-92). En esa misma fecha, ALBIA presentó alegaciones a la incoación del presente expediente sancionador (folios 271-285).

(8) El 7 de junio de 2022 **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 FUNERARIA (sic) DE MARÍN, S.L. llevada a cabo el 18 de septiembre 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.b) 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 25.000 euros, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63.1 b) de la LDC”.*

(9) El 22 de junio de 2022 tuvieron entrada en el registro de la CNMC las **alegaciones de ALBIA a la propuesta de resolución**.

(10) La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 29 de junio de 2022.

II. LAS PARTES

(11) Son partes interesadas en el procedimiento las que se indican a continuación:

II.1. ALBIA

(12) 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 prestan actualmente

servicios funerarios en 37 provincias españolas, gestionando 191 tanatorios, 44 crematorios y 45 cementerios²³.

II.2. TANATORIO DE MARÍN

- (13) TANATORIO DE MARÍN TANATORIO DE MARÍN es una sociedad española que está activa en la prestación de servicios mayoristas de tanatorio en su instalación localizada en Marín (Pontevedra).
- (14) En 2020, TANATORIO DE MARÍN obtuvo en España unos ingresos de euros.

III. HECHOS ACREDITADOS

- (15) El 18 de septiembre de 2019 ALBIA **ejecutó la operación de concentración económica** consistente en la adquisición del control exclusivo de TANATORIO DE MARÍN.
La operación se instrumentó mediante la firma, el 18 de septiembre de 2019, de un contrato de compraventa entre ALBIA y los accionistas de esa empresa, sin cláusula suspensiva alguna, por lo que la operación estaría ejecutada desde entonces.
- (16) ALBIA aportó estimaciones de la cuota que TANATORIO DE MARÍN habría presentado en los tres últimos ejercicios en los mercados minoristas de prestación de servicios funerarios y servicios de tanatorio de Marín, en los que TANATORIO DE MARÍN estaba activa⁴. 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 CNMC y vigentes en el momento de ejecución de la operación⁵.
- (17) Según los datos aportados por ALBIA, TANATORIO DE MARÍN no prestó servicios de enferretramiento (servicio englobado en el mercado minorista de

² Se Incluyen las empresas funerarias sobre las que ALBIA ejerce control conjunto: ELYSIUS EUROPA, SL (30%), TANATORIO DE CÓRDOBA, SA (29,5%), ISABELO ÁLVAREZ MAYORGA, S.A. (50%), INICIATIVAS ALCAESER S.L. (50%), SALZILLO SERVICIO FUNERARIOS, S.L. (45%) y SERVICIOS FUNERARIOS LA CARIDAD, S.L. (50%).

³ ALBIA tiene instalaciones funerarias en 36 provincias, La Coruña, Álava, Almería, Barcelona, Burgos, Cádiz, Cantabria, Castellón, Ciudad Real, Córdoba, Granada, Gerona, Guipúzcoa, Huelva, Huesca, Jaén, León, Lugo, Madrid, Málaga, Navarra, Orense, Pontevedra, Teruel, Toledo, Valencia, Vizcaya, Zaragoza, Badajoz, Cáceres, Ávila, Murcia, Cádiz, Tarragona, Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife. En Ceuta, aunque no tiene instalaciones presta servicios funerarios.

⁴ TANATORIO DE MARÍN no gestionaba crematorio ni cementerio alguno en dicha localidad, por lo que no estaría presente en los mercados minoristas de servicios de crematorio y de cementerio.

⁵ C-964/18 MEMORA/SERFUNTAN y C-1044/19 MEMORA/MONTERO, entre otros.

servicios funerarios) en Marín hasta que ALBIA tomo el control exclusivo de dicha empresa en 2019, por lo que su cuota en dicho mercado en 2018 —año inmediatamente anterior a la ejecución de la operación— fue 0. En el caso del mercado minorista de servicios de tanatorio en Marín, la cuota de TANATORIO DE MARÍN en 2018 ascendería a **[>100%]**.

Dicha cuota adolece de distorsiones provocadas por la metodología empleada.

- (18) Para realizar sus cálculos, ALBIA asume que el número de servicios realizados por la competidora es igual al número de fallecidos menos el número de servicios realizados por ALBIA. Esa aproximación implica necesariamente que las cuotas que estima la notificante están infravaloradas, dando una visión distorsionada de las cuotas de mercado consideradas.
- (19) Sin embargo, ya en el expediente C/1086/19 SANTALUCIA/FUNESPAÑA, en la que ALBIA formaba parte integrante del grupo adquirente, se utilizó el criterio de capacidad instalada para determinar la cuota de los operadores en los mercados mayoristas. Dicho criterio se aporta aquí como referencia adicional para el mercado minorista de tanatorio, ya que las actuales definiciones de mercado no estaban vigentes en el momento de los hechos.
- (20) De este modo, aplicando el criterio de la capacidad instalada para el mercado minorista de tanatorio, la cuota sería del **[50-60%]** según el criterio de capacidad instalada, debido al control de **[CONFIDENCIAL]** salas de un total de **[CONFIDENCIAL]**.
- (21) El 13 de diciembre de 2021, sin mediar notificación previa, **la DC requirió a ALBIA la notificación de la operación de concentración** económica consistente en la adquisición del control exclusivo de TANATORIO DE MARÍN por parte de ALBIA, en aplicación del artículo 9.5 de la LDC.

El 28 de enero de 2022 **ALBIA notificó la operación** mediante formulario ordinario, dando lugar al expediente C/1271/22 ALBIA/TANATORIO DE MARÍN.

El 11 de abril de 2022, 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

IV.1. [PRIMERO] Habilitación competencial y objeto del expediente y propuesta del órgano instructor

- (22) Corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC la competencia para resolver este procedimiento⁶.
- (23) La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la DC en su propuesta, 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.
- (24) Esta conducta está tipificada en el artículo 62.3.b) de la LDC como una infracción grave, por lo que el Consejo de la CNMC podría imponer una sanción por un valor de hasta el 5% del volumen de negocios de la empresa infractora [art. 63.1.b) de la LDC] de considerarse acreditada.

IV.2. [SEGUNDO] Tipificación de la conducta

IV.2.A. Principios generales

- (25) 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.
- (26) Alternativamente a este requisito, el mismo artículo 8.1, en su letra a), párrafo segundo, prevé que se notificarán las operaciones de concentración que den lugar a una adquisición o un incremento de una cuota de mercado igual o superior al 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.

⁶ 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.

- (27) 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:
- que la operación de concentración en cuestión sea **notificable con arreglo a lo dispuesto por la LDC**,
 - que dicha notificación se haya efectuado **con posterioridad a la ejecución de la operación** a través de la cual se instrumenta la concentración.

(28) **La notificación extemporánea** no admite duda ya que la operación de concentración ALBIA/TANATORIO DE MARÍN fue ejecutada por ALBIA el 18 de septiembre de 2019, siendo notificada el 28 de enero de 2022 tras el requerimiento de la DC del 13 de diciembre de 2021.

(29) Se analiza a continuación si la operación de concentración objeto de esta resolución reunía los requisitos para su notificación obligatoria a la CNMC con arreglo a los preceptos indicados.

IV.2.B. Sobre los mercados en los que se produce la operación de concentración

(30) El análisis del mercado es necesario para determinar si una operación de concentración debe ser notificada a la CNMC por superar los umbrales legalmente previstos.

A continuación, se analizan los mercados en los que se ha producido la operación de concentración objeto de análisis en esta resolución.

IV.2.B.a. El mercado de producto

(31) El mercado de servicios funerarios se ha dividido tradicionalmente en cuatro mercados minoristas de prestación de servicios funerarios:

- el mercado de servicios funerarios.
- el mercado de servicios de tanatorio.
- el mercado de servicios de cementerio.
- el mercado de servicios de cremación.

(32) Dada la evolución del mercado de servicios funerarios, en 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.

- (33) Debe analizarse una delimitación geográfica del mercado relevante para determinar la posible superación de los umbrales de notificación.

IV.2.B.b. El mercado geográfico

- (34) Sin descartarse tajantemente una zona de influencia superior al municipio o incluso una comarca o una región, los servicios funerarios han sido considerados de carácter local de manera reiterada por los precedentes anteriores a la concentración analizada⁷.

- (35) El único mercado que sí cuenta con una definición geográfica indubitada 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 STEWART⁸.

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***”. (énfasis añadido)

- (36) ALBIA alega que no notificó la operación de concentración debido a que realizó una definición propia del área geográfica del mercado relevante, diferente a la municipal, en la que no cumplía con las cuotas exigidas para notificar la operación:

“Así, en base a lo anterior y al conocimiento que tiene Albia del mercado, en este caso, el ámbito geográfico del mercado de servicios de tanatorio estaría conformado, al menos, por los municipios de Marín, Cangas, Bueu, Moaña, Vilaboia y Pontevedra, tal y como se indica en el mapa del apartado 3.5.”

Igualmente concluye en sus alegaciones que:

⁷ 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.

⁸ Expediente N-04046 INTUR/EURO STEWART del extinto Servicio de Defensa de la Competencia (SDC).

*En consecuencia, Albia estima que, **aun en el mercado geográfico más estrecho posible**, la CNMC no ha probado fuera de toda duda razonable que la cuota de mercado de Albia fuese superior al 50%, puesto que los precedentes existentes en el momento de ejecución de la Operación no eran claros respecto a la cifra de fallecidos a utilizar, y de hecho, las recientes resoluciones de expedientes sancionadores utilizan como denominador el número de fallecidos censados en el municipio.(Énfasis original).⁹*

- (37) Mención especial merece el precedente C/0370/11 MAPFRE/ACCIONISTAS SINDICADOS/FUNESPAÑA, mencionado por ALBIA para justificar su elección de área geográfica relevante en lugar de considerar (ni tan solo a modo tentativo) las cuotas municipales. 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, coincidían 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.

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—, sino como una forma de incluir información adicional que permitiera contextualizar la situación. Es decir, una vez sentada la obligación de notificar por parte de la adquirente, la DC realizó un análisis exhaustivo para valorar los posibles efectos que pudieran derivarse de la concentración, para cuyo cumplimiento era imprescindible ampliar el ámbito geográfico inicial —que de manera abrumadoramente mayoritaria es el local y, concretamente, el coincidente con los límites del municipio—.

- (38) 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 también 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 funerario¹⁰:

⁹ Folio 278

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

“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 siguiente¹¹:

“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”.

- (39) 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.
- (40) ALBIA señala otros precedentes en los que a su juicio se habría avalado un ámbito supramunicipal para el mercado de servicios de tanatorio.

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), supuesto que tampoco es asimilable al que aquí se analiza.

- (41) 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

¹¹ Resolución de 2 de julio de 2015, expediente n.º 41/2012.

municipal y no a nivel provincial y autonómico como señala ALBIA, mientras que el mercado de los servicios funerarios fue analizado a nivel municipal, distinguiendo los servicios prestados íntegramente en la capital y los que tienen origen o destino en la provincia, pero no a nivel autonómico y nacional, como indica ALBIA.

- (42) 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 funerarios¹², 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, examinándose 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.

Es decir, el mero análisis adicional, con la finalidad de completar el examen de los posibles efectos anticompetitivos, no supone una aceptación expresa o tácita de la definición de mercado geográfico propuesta por las partes en los formularios de notificación.

- (43) 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 funerarias¹³. En ellos se analizaron los efectos de las correspondientes operaciones.

- (44) A mayor abundamiento, en el expediente C/1044/19, ALBIA participó 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.”

¹² C/0765/16 CATALANA OCCIDENTE/GRUPO PREVISORA BILBAINA/GRUPO FUNERARIO ARROITIA, C/0928/18 GRUPO CATALANA OCCIDENTE/SOCIEDADES ADQUIRIDAS.

¹³ 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.

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).

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.

- (45) 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. Como se ha explicado, un análisis adicional sobre un área geográfica relevante en un concreto análisis de afectación en busca de posibles efectos anticompetitivos no puede entenderse que vincula a la Autoridad de Competencia en la definición del mercado relevante de futuras notificaciones de concentración, ni permite a los sujetos obligados elegir afirmaciones circunstanciales en contextos muy dispares para avalar su decisión de no notificar.

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 esta Comisión 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. Dicho análisis, empero, no suponía dar carta de naturaleza al mercado geográfico previsto en la notificación.

- (46) De hecho, ha habido otras operaciones notificadas en este sector¹⁴, algunas de ellas por parte de la propia ALBIA¹⁵, en las que las empresas han cumplido con tal

¹⁴ 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, C/1151/20 MEMORA/REKALDE/IRACHE, C/1155/20 FUNESPAÑA/ALIANZA CANARIA, C/1178/21 ELYSIUS/JUANALS, C-1191-20 MEMORA/IRACHE y C/1264/22 ELYSIUS/JUANALS.

¹⁵ C/1086/19 SANTA LUCIA/FUNESPAÑA, C/1162/21 ALBIA/JORDIAL, C/1167/21 ALBIA/TANATORIOS MOSTOLES, C-1270/22 ALBIA/TANATORIO LA PAZ, C-1271/22 ALBIA/TANATORIO MARÍN y C-1272/22 ALBIA/Funerarias canarias.

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.

- (47) A la vista del número de operaciones mencionadas en este sector y la publicidad de los informes y resoluciones correspondientes, no parece que esté justificada la alegación de ausencia de claridad en cuanto a las definiciones geográficas vigentes. De otra manera, 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 conocidos por ALBIA.
- (48) El hecho apuntado por ALBIA de que el ámbito geográfico del mercado de servicios de tanatorio de Marín podría ser aún más amplio del propuesto por ella, a la vista de la presión ejercida por el tanatorio-crematorio situado en Ponte Candelas, podría haberse analizado por la DC, como en otros casos, de cara a valorar los efectos de la operación, pero no para su notificabilidad, cuyo examen está suficientemente asentado en este mercado a tenor de los precedentes analizados.
- (49) ALBIA argumenta que, incluso tomando el número de fallecidos censados en el municipio de Marín, la cuota de mercado sería inferior al 50%, lo que supone una clara contradicción con los propios datos aportados por ALBIA en el expediente DP/ACP/059/20.
- (50) En efecto, en su comunicación de 17 de febrero de 2021, ALBIA asumía para TANATORIO DE MARÍN un total de **[CONFIDENCIAL]** servicios prestados de tanatorio para un total de 69 fallecidos censados en el municipio, arrojando así la cuota del **[>100%]**. La fuente del dato de fallecimientos, según afirma la propia ALBIA, es el INE, al igual que en los expedientes sancionadores previos en que ha sido parte la empresa¹⁶.
- (51) En sus alegaciones al acuerdo de incoación —reiteradas para responder a la propuesta de resolución—, ALBIA cambia de criterio y considera que, manteniendo en **[CONFIDENCIAL]** el número de servicios prestados de tanatorio, pero fijando en 227 los fallecidos en el municipio de Marín —cifra obtenida del Instituto Gallego de Estadística según afirma ALBIA—, su cuota se reduciría

¹⁶ Folio 58.

drásticamente hasta el **[40-50%]**, sin alcanzar por tanto el umbral necesario para que la notificación sea obligatoria¹⁷.

- (52) Su nueva cifra sería consecuencia de utilizar ahora el criterio de fallecidos censados en Marín, argumentando que anteriormente había considerado los fallecidos en el municipio, a los que “por error” se refirió como censados.
- (53) Considera ALBIA en sus alegaciones a la propuesta de resolución que la cifra de fallecidos censados es la más adecuada ya que, en los últimos expedientes sancionadores —se refiere a SNC/DC/014/21 FUNESPAÑA/ALIANZA CANARIA y SNC/DC/045/21 ALBIA TANATORIOS MÓSTOLES— *“la CNMC parece haber optado por ese criterio”*.
- (54) Sin embargo, dicha afirmación no es correcta, puesto que la CNMC no opta por ninguna metodología, sino que es la notificante la que realiza los cálculos que considera apropiados, sin perjuicio de la ulterior supervisión por parte de la DC. Lo anterior no puede ser desconocido por ALBIA en su condición de notificante en numerosos expedientes, entre ellos el que dio lugar al mencionado SNC/DC/045/21.
- (55) Como afirma la propuesta de resolución, no ha existido orientación alguna a ALBIA ni cambio de criterio en la metodología aplicada a los mercados minoristas, que son los que han determinado en este y otros casos el deber de notificación de ALBIA. La cifra sobredimensionada comunicada por ALBIA no puede achacarse a un pretendido criterio de la CNMC que no es tal.
- (56) Lo anterior no obsta para que, para el cálculo de las cuotas vinculadas a las nuevas definiciones de mercado de producto —posteriores a la infracción aquí examinada—, la DC adoptara el criterio de capacidad instalada para los mercados mayoristas, a la vista de las distorsiones producidas por el criterio de servicios prestados.
- (57) Las cifras de ALBIA son ciertamente inexactas, pero no falsean el hecho incontestable de que su cuota es abrumadoramente mayoritaria en el mercado analizado, superando con creces el 50%. La capacidad instalada ofrece una imagen más ajustada a la realidad y esa es la razón de que se haya incluido aquí, pero la distorsión de los servicios prestados no llega al extremo de convertir una cuota inferior al 50% en otra que supere ampliamente el 100%, por lo que no hay base para inferir una irregularidad en el perfeccionamiento de la infracción por ese motivo. Dicho de otro modo, la capacidad instalada sirve para dar una imagen más fiel de la realidad, pero la infracción se ha perfeccionado considerando los

¹⁷ Folio 275.

servicios prestados, por más que el cálculo de ALBIA arroje cifras sobredimensionadas.

- (58) Al contrario de lo que afirma ALBIA, no se definen dos mercados diferentes para comprobar la notificabilidad por un lado y los efectos por otro, sino que el segundo análisis es, por su propia naturaleza, más profundo y exige la verificación de elementos irrelevantes en sede de notificabilidad. Como ya decía la Resolución de 13 de julio de 2021, solo después de la notificación, por lo general voluntaria y basada en el ámbito geográfico municipal, es cuando las operaciones se analizan en profundidad, ya sea para autorizarlas en primera fase o para acordar el inicio de la segunda fase, atendiendo de manera más exhaustiva a situaciones individualizadas que producen consideraciones particulares. Solamente de esta forma se salvaguarda el control *ex ante* de las operaciones, que de otra forma se vería indefectiblemente perjudicado si la notificación quedara vinculada a la subjetiva apreciación de los operadores, que aplicarían sin más las consideraciones que sirven para supuestos muy concretos a ámbitos geográficos diferentes.
- (59) Lo anterior es, en esencia, lo que ha ocurrido aquí, pues ALBIA se ha valido de afirmaciones aisladas para construir un razonamiento incompatible con las valoraciones de esta Comisión, que se han mantenido coherentes a lo largo de numerosos expedientes en los últimos años.
- (60) Atender los argumentos de ALBIA podría conducir a coartar la capacidad de investigación de la DC que, al analizar las consecuencias de las operaciones, podría tener el justificado temor de que sus consideraciones —realizadas en aras de la exhaustividad— fueran indebidamente utilizadas para no notificar, con el perjuicio potencial que ello supondría.
- (61) A modo de ejemplo, la DC ha realizado el análisis de isócronas en todos los informes de las operaciones valoradas bajo las nuevas definiciones de mercados consideradas en el expediente C/1086/19 SANTALUCIA/FUNESPAÑA; entre otros, en la propia operación C/1271/22 ALBIA/TANATORIO DE MARÍN, en cuyo informe la DC analizó tanto el mercado mayorista de TANATORIO DE MARÍN a nivel municipal como en una isócrona de 15 minutos de desplazamiento en coche pero sin aceptar este último ámbito geográfico como relevante, como erróneamente plantea ALBIA. Si dicho examen pudiera ser aducido para no notificar otras operaciones, esta Comisión se vería privada del conocimiento de numerosas concentraciones, con el irreparable perjuicio que ello supondría para el mercado en su conjunto.
- (62) Esas consecuencias negativas, además, no estarían justificadas, pues no hay argumentos objetivos que permitan evidenciar que el estudio de los efectos de

una operación en un mercado concreto deba servir para que se modifique una definición de mercado asentada a lo largo de numerosos expedientes.

- (63) En el expediente C-1162/21 ALBIA/JORDIAL, en la provincia de Burgos, la DC analizó el mercado mayorista de tanatorio de Aranda de Duero y Roa a nivel municipal y adicionalmente en la comarca de Aranda de Duero —como propuso ALBIA—, pero sin aceptar como relevante el mercado comarcal, en contra de lo que la alegante pretende al afirmar que dicho análisis, posterior en todo caso a la obligación de notificación, avalaría la decisión de no notificar.
- (64) Por tanto, esta Sala considera que los precedentes más recientes no avalan el ámbito supramunicipal del mercado mayorista de tanatorio, por cuanto ni previamente, ni en dichos precedentes, se considera dicho ámbito geográfico como relevante a efectos del análisis de la operación, utilizándose para completar el análisis municipal de la operación y valorar así de forma completa sus efectos. Sirva como un ejemplo de ello, las notas sucintas de las últimas cinco operaciones que han pasado a segunda fase en este sector, en las que se recoge expresamente el carácter local de estos mercados, discutido por la incoada¹⁸.
- (65) Por tanto, la operación **igualaría o superaría en cualquier caso 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 TANATORIO DE MARÍN en 2018, año inmediatamente anterior a la ejecución de la operación), **en el mercado minorista de servicios de tanatorio en Marín**, de conformidad con las definiciones de mercado vigentes en el momento de ejecución de la operación.
- (66) También superaría dicha cuota bajo las **definiciones de mercado** de producto que ya 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 DC, entre otros, en el expediente C/1086/19 SANTALUCIA/FUNESPAÑA, en concreto en el mercado mayorista de tanatorio de Marín¹⁹.

¹⁸https://www.cnmc.es/sites/default/files/2883265_4054.pdf;
https://www.cnmc.es/sites/default/files/3338269_259.pdf;
https://www.cnmc.es/sites/default/files/3380258_55.pdf;
https://www.cnmc.es/sites/default/files/3471656_49.pdf;
https://www.cnmc.es/sites/default/files/3499272_85.pdf

¹⁹ 60% a nivel municipal, según capacidad instalada (número de salas).

IV.2.C. Sobre la obligación de notificar la operación de concentración

- (67) Atendiendo tanto a la definición tradicional de mercado de producto [párrafo 31], como con la empleada en los últimos expedientes [párrafo 32], debe analizarse la perspectiva geográfica para determinar si existe o no obligación de notificación previa de la operación de concentración.
- (68) 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 que obviara la definición geográfica de los precedentes y alternativamente para que utilizase 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 estudio minucioso. 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. La duda debe suscitarse en un operador diligente si se alcanza ese umbral, no en el mercado más estrecho posible, sino en el más plausible y especialmente si este ha sido planteado en los precedentes. En primer lugar, debe afirmarse que, del análisis realizado en el apartado anterior, se deriva que no existían a la fecha de la concentración precedentes ni definiciones que permitieran a ALBIA considerar de manera razonable que no existiese obligación de notificar la concentración basándose en una definición amplia del mercado geográfico.

Los 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 en un análisis adicional.

- (69) 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.

- (70) ALBIA menciona en sus alegaciones al acuerdo de incoación los casos de Bergé y Consenur, remarcando que *“en un procedimiento sancionador por ausencia de notificación de una operación sujeta a control por superar el umbral de la cuota de mercado, la definición del mercado y la cuota de mercado debe quedar probada fuera de toda duda razonable”*²⁰.

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 “duda razonable”. Nos encontramos ante un mercado que ha sido ampliamente estudiado, en el que existen multitud de operaciones de referencia,

En las *operaciones* notificadas en este sector mencionadas 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.

- (71) Argumenta ALBIA en sus alegaciones que la DC no puede diferenciar el mercado relevante en función de la finalidad del análisis. Sin perjuicio de que no se trata de dos mercados diferentes, como se ha explicado más arriba, 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 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.

Lo que ALBIA propone es que las apreciaciones que sirvieron para supuestos muy concretos con especificidades que constan en cada uno de los expedientes, se apliquen sin más a ámbitos geográficos y operaciones muy diferentes. De este modo se conseguiría que quedara a la subjetiva apreciación de los operadores cuándo notificar. Esta excepcionalidad no puede hacerse sin un sólido apoyo en precedentes equiparables, algo que una vez analizados en el apartado anterior los argumentos presentados por ALBIA en sus alegaciones esta Sala no puede acoger.

²⁰ Folio 277.

- (72) Debe recordarse también que nuestro sistema contempla la realización de un **procedimiento de consultas previas y de prenotificación** que permiten 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.

- (73) En lugar de plantar una consulta, aun siendo conocedora de las cuotas locales ALBIA optó por realizar unilateralmente 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 clara sobre el ámbito geográfico a considerar, 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. Las empresas, para poder obviar los precedentes 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, y se correspondía con el efectivo mercado relevante definido por la notificante

- (74) 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.

- (75) No es equiparable, en opinión de esta Sala, el asunto CATALANA OCCIDENTE/FUNERARIA ARANGUREN.

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 general²¹. Cuanto antecede lleva a esta Sala

²¹ 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:

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 notificar o, 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).

- (76) 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 TANATORIO DE MARÍN en 2018, año inmediatamente anterior a la ejecución de la operación). Concretamente lo superaba **en el mercado minorista de servicios de tanatorio en Marín**, de conformidad con las definiciones de mercado vigentes en el momento de ejecución de la operación.
- (77) Por ello, de acuerdo con el artículo 8.1 de la LDC, la operación de concentración era notificable a la CNMC.

IV.2.D. Conclusión sobre la tipificación de la conducta

La conducta de ALBIA constituye una infracción grave del artículo 62.3.b) de la LDC consistente en haber ejecutado una concentración sujeta a control antes de haber sido notificada a la CNMC.

*“(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, 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”.

IV.2.E. Culpabilidad e individualización

- (78) En el ámbito del derecho administrativo sancionador español no tiene cabida la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción y resulta imprescindible el elemento volitivo. Ello supone que la imposición de la sanción exige que la conducta típica y antijurídica sea imputable, al menos a título de culpa, al autor²². Por ello, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.
- (79) El Consejo de la CNMC en la Resolución de 14 de marzo de 2017²³ 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 (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”.*

- (80) 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 adquirente²⁴.

En este sentido, 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), la AN realiza la siguiente valoración:

²² Por todas, la Sentencia del TS de 22 de noviembre de 2004 y artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen Jurídico del Sector Público.

²³ Resolución de la CNMC de fecha 14 de marzo de 2017 Expediente SNC/ DC/0074/16 CONSENUR.

²⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2006.

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.

- (81) 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 si la concentración rebasa o no los umbrales de notificación fijados en el artículo 8 LDC.

Los precedentes existentes en el momento de la operación, alguno de los cuales con ALBIA como participante, no permiten inferir la existencia de un mercado geográfico distinto al municipal y llevan a concluir que la conducta de ALBIA ha sido, cuando menos, negligente.

ALBIA toma como base algunos datos aislados de resoluciones que afectan a mercados distintos del controvertido para justificar la ausencia de notificación. 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 supuesto²⁵. En cualquier caso, 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 establecidos, sobradamente conocidos por ALBIA.

- (82) 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 plantear consultas en caso de duda. Es la pretendida 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

²⁵ Véase la discusión sobre los precedentes aducidos por ALBIA en los apartados anteriores.

ALBIA entre otros), lo que supone un comportamiento reprochable a ojos de esta Comisión.

- (83) La negligencia se consuma por la ausencia de notificación teniendo en cuenta los precedentes existentes.
- (84) 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 cuando menos según los precedentes, lo que le hubiera debido a incluir el análisis de las cuotas a nivel municipal.
- (85) ALBIA tenía la posibilidad de argumentar la existencia de un mercado geográfico distinto del municipal en los servicios de tanatorio, pero no puede considerarse razonable que omita de plano el examen de la cuota de mercado de alcance municipal.
- (86) No se le reprocha a ALBIA que pudiera haber llegado a una conclusión diferente a la fijada en los precedentes en la definición del mercado geográfico relevante. 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.

IV.3. [TERCERO] Determinación de la sanción

- (87) 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.
- (88) La facturación consolidada de ALBIA en el año 2020²⁶ comunicada en respuesta al requerimiento realizado en el presente expediente ascendió a **[>60]** millones de euros.
- (89) El control de concentraciones se configura como un instrumento de carácter preventivo, cuya finalidad es evitar y, en su caso, corregir la excesiva

²⁶ Según señala ALBIA en su respuesta, se trata del último año para el que existen cuentas auditadas.

concentración de las fuerzas de mercado cuando ello pueda perjudicar de manera significativa las condiciones de competencia en el mercado.

- (90) 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 en su caso 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.
- (91) 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 dos años).
 - El hecho de que se trata de una operación de concentración autorizada en primera fase por la Resolución del Consejo de 30 de marzo de 2022, 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.
- (92) No se puede acoger la alegación de ALBIA sobre el período de incumplimiento. Por un lado, estaba en manos de la propia ALBIA realizar la notificación, para lo que tuvo tiempo suficiente como ella misma reconoce; por otro lado, resulta contradictoria la alusión al expediente SNC/DC/048/21 DGTF/PARPÚBLICA/TAP, pues se reprocha a la CNMC que conociera la concentración desde hacía “varios meses”, pero *“a sabiendas de que la operación se había ejecutado sin haber sido notificada, la CNMC no requirió su notificación”*.
- (93) Según ALBIA, el transcurso del tiempo desde que la DC tuvo conocimiento de la concentración habría beneficiado a DGTF, que pudo notificar espontáneamente y beneficiarse así de una reducción en la sanción. Sin embargo, la misma circunstancia habría sido perjudicial para ALBIA, sin que alcancen a comprenderse los motivos de dicha afirmación, cuando aludiendo a ese mismo argumento, ALBIA fue consciente del conocimiento de la concentración con

anterioridad a su notificación, pero a pesar de ello y de las dudas que suscitaba su definición de mercado a la vista de los nuevos expedientes en los que estaba involucrada, omitió realizar la notificación hasta que le fue requerido.

- (94) 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).
- (95) En el asunto SNC/DC/086/22 ALBIA/TANATORIO LA PAZ, se produjo una reducción sensible de la multa propuesta en atención a la inexistencia de agravante por la comisión repetida de la infracción, agravante que nunca se planteó en el presente caso.
- (96) Para modular la sanción se han tenido en cuenta varias circunstancias. En primer lugar, se trata de la adquisición del control exclusivo por parte de una empresa que, en su condición de notificante de numerosas operaciones en este mismo mercado (párrafo 46), tiene un especial conocimiento de la práctica de esta Comisión lo que, como se ha dicho, descarta la existencia de duda razonable. En segundo lugar, al menos desde la prenotificación de la concentración C/1086/19 SANTA LUCIA/FUNESPAÑA, en la que ALBIA formaba parte del grupo adquirente, resulta difícil de explicar la falta de notificación de la adquisición de TANATORIO DE MARÍN, que de este modo permaneció largo tiempo ajena al preceptivo control de concentraciones.
- (97) Por último, sin perjuicio de la relevancia del volumen de negocios de la adquirente para la determinación de la sanción, esta Sala considera también necesario tomar en consideración el volumen de negocios de la empresa adquirida como criterio de cuantificación y como referencia adicional para evitar incurrir en una falta de proporcionalidad. En este caso, teniendo en cuenta que el volumen de negocios de TANATORIO DE MARÍN en 2020 fue de [**<10 millones de**] euros, el Consejo considera proporcionado imponer una sanción de 25.000 euros.
- (98) 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 TANATORIO DE MARÍN, S.L. llevada a cabo el 18 de septiembre 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.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Segundo. Imponer a ALBIA GESTIÓN DE SERVICIOS, S.L.U. la sanción de multa de 25.000 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.