

RESOLUCIÓN

KKR GENERALIFE

SNC/DC/077/23

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Jesús Martín Martínez
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 1 de abril de 2024

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

TABLA DE CONTENIDO

1. Antecedentes	3
2. Las partes	4
3. HECHOS ACREDITADOS	4
3.1. Ejecución de la concentración económica con fecha 12 de enero de 2022.....	4
3.2. La operación de concentración era de obligada notificación.....	5
3.3. La operación de concentración fue notificada y posteriormente autorizada en primera fase sin compromisos.....	7
4. FUNDAMENTOS DE DERECHO	7
4.1. Habilitación competencial y objeto del expediente	7
4.2. Tipificación de la conducta	8
4.3. Responsabilidad y culpabilidad de KKR GÉNESIS.....	10
4.4. Determinación de la sanción.....	12
4.5. Terminación del procedimiento y reducción de la sanción	16
5. RESUELVE.....	17

1. ANTECEDENTES

- (1) Durante la tramitación del expediente C/1321/22 KKR/IVI¹, la Dirección de Competencia (**DC**) tuvo conocimiento de la adquisición del control exclusivo de GENERALIFE CLINICS S.L. (**GENERALIFE**) en enero de 2022 por parte de KKR GENESIS.
- (2) Para comprobar si en dicha operación concurrían las circunstancias para su notificación obligatoria, de acuerdo con el artículo 9 de la LDC, la DC realizó, el 13 de septiembre de 2022 (folios 12 a 14), un requerimiento de información en el contexto de las diligencias previas DP/ACP/091/22, que fue contestado el 5 de octubre de 2022 (folios 30 a 265). Con fecha 28 de marzo de 2023, la DC realizó una nueva solicitud de información a KKR GENESIS (folios 266 a 268), que fue contestada el 28 de abril de 2023 (folios 282 a 304).
- (3) Sin haberse recibido notificación de la operación, con fecha 17 de julio de 2023, en aplicación del artículo 9.5 LDC, la DC requirió a KKR GENESIS la notificación de la operación (folios 312 y 313), por considerar que superaba el umbral establecido en el artículo 8.1.a) de la LDC, según las definiciones de mercado de producto y geográficas vigentes en el momento de ejecución de la operación.
- (4) El 16 de agosto de 2023 tuvo entrada en la CNMC el formulario ordinario de notificación de la operación de concentración económica, que dio lugar al expediente C/1407/23 KKR/GENERALIFE. Con fecha 20 de diciembre de 2023, el Consejo de la CNMC resolvió autorizar en primera fase sin compromisos dicha operación de concentración².
- (5) De conformidad con lo establecido en el artículo 70.2 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**), la DC acordó, con fecha 14 de diciembre de 2023, la incoación de este expediente sancionador SNC/DC/077/23 contra KKR GENESIS 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 (folios 467 a 475).
- (6) En la misma fecha que el acuerdo de incoación, se requirió a KKR GENESIS información relativa a su volumen de negocios, que fue contestado el 9 de enero de 2024, junto con las alegaciones al acuerdo de incoación (folios 489 a 547).
- (7) Al ser la respuesta de KKR GENESIS incompleta por no aportar la documentación que permitía la comprobación del volumen de negocio consolidado a nivel interno, el 16 de enero de 2024 se requirió a KKR GENESIS

¹ Resolución de la CNMC de 21 de diciembre de 2022 en el expte. [C/1321/22 KKR/IVI](#).

² Resolución de la CNMC de 20 de diciembre de 2023 en el expte. [C/1407/23 KKR/GENERALIFE](#).

que subsanase su contestación (folios 548 y 549). La DC acordó la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento en virtud del artículo 22.1.a) de la Ley 39/2015, por el tiempo que mediase entre la notificación del requerimiento realizado para dar cumplimiento al trámite descrito y su efectivo cumplimiento por el destinatario o, en su defecto por el plazo concedido de 10 días (folios 552 y 553).

- (8) Con fecha 30 de enero de 2024 KKR GENESIS subsanó las deficiencias de la contestación realizada el 9 de enero de 2024 (folios 568 a 2201), dándose por cumplimentado el trámite descrito y levantándose la suspensión del plazo máximo de resolución.
- (9) Con fecha 27 de febrero de 2024 se incorporó al expediente determinada documentación obrante en el expediente C/1321/22 KKR/IVI (folio 2279).
- (10) El 1 de marzo de 2024 la DC formuló propuesta de resolución (folios 2563 a 2600) en la que proponía sancionar a KKR GENESIS por infracción del artículo 62.3.b) LDC
- (11) El 22 de marzo de 2024 tuvo entrada en el registro de la CNMC un escrito de KKR por el que, en virtud del artículo 85 de la Ley 39/2015: i) reconoce su responsabilidad por la comisión de la infracción imputada, ii) se compromete al pago de la sanción propuesta antes de que recaiga resolución sancionadora (folios 2685 a 2697).
- (12) El 25 de marzo de 2024 KKR pagó la sanción (folio 2703).
- (13) Esta Sala ha deliberado y resuelto este expediente en su reunión de 1 de abril de 2024.

2. LAS PARTES

- (14) Es parte interesada KKR GENESIS BIDCO S.L.U.

3. HECHOS ACREDITADOS

3.1. Ejecución de la concentración económica con fecha 12 de enero de 2022

- (15) Con fecha 12 de enero de 2022, KKR ejecutó la operación de concentración económica consistente en la adquisición del control exclusivo de GENERALIFE.
- (16) La adquisición del control exclusivo de GENERALIFE se instrumentó a través de la adquisición del 100% de las participaciones sociales de GLOBAL DREW por parte de KKR GENESIS (denominada en el momento de la firma SEVARAN

INVESTMENTS S.L.U³) mediante la firma de un contrato de compraventa el 3 de noviembre de 2021 entre KKR GENESIS y los accionistas de la sociedad GLOBAL DREW (folios 33 y 489).

- (17) De acuerdo con la información aportada en el expediente, el cierre de la operación se realizó el 12 de enero de 2022 (folios 33 a 35, 489 y 497). Esta información también fue confirmada posteriormente en el marco de la operación de concentración C/1407/23 KKR/GENERALIFE.
- (18) Por tanto, la adquisición del control exclusivo de GENERALIFE por parte de KKR GENESIS se hizo efectiva el 12 de enero de 2022.

3.2. La operación de concentración era de obligada notificación

- (19) La operación de concentración era de obligada notificación por superar el umbral previsto en el artículo 8.1.a) de la LDC en los mercados de servicios de asistencia sanitaria de medicina reproductiva a pacientes privados y pacientes privados de libre elección en la provincia de Sevilla y a pacientes privados beneficiarios o titulares de mutualidades de funcionarios en la provincia de Madrid.
- (20) KKR GENESIS aportó sus estimaciones de las cuotas que GENERALIFE ostentaba en 2021 en los mercados de prestación de servicios de asistencia sanitaria de medicina reproductiva en los mercados en los que estaba presente la adquirida en el momento de la adquisición (folios 230 a 265 y 303).
- (21) En primer lugar, según los datos aportados por KKR GENESIS, la cuota de GENERALIFE en 2021, año inmediatamente anterior a la ejecución de la operación, superaba el umbral del 30% en el **mercado de prestación de servicios de asistencia sanitaria de medicina reproductiva a pacientes privados en la provincia de Sevilla** ([30-40%] en valor y [30-40%] en volumen), así como en **el mercado más estrecho de pacientes privados de libre elección en Sevilla** ([30-40%] en valor y [30-40%] en volumen).
- (22) Estas estimaciones habrían sido realizadas por KKR después de la adquisición de GENERALIFE en marzo/abril de 2022 (folios 290 y 505) en el contexto de la preparación de la notificación del expediente C/1321/22 KKR/IVI, encargando su realización a una consultora económica (folios 46, 290, 498, 505 y 513).
- (23) KKR GENESIS también ha aportado las cuotas con base en las cuales había hecho su análisis de notificabilidad de la adquisición de GENERALIFE en 2021 (folio 45). Dichas cuotas, habían sido estimadas y remitidas a la notificante por

³ El 15 de diciembre de 2021 se aprobó el cambio de denominación de SEVARAN INVESTMENTS S.L.U a KKR GENESIS BIDCO S.L.U (folio 1645), siendo publicado en el BORME el 14 de enero de 2022.

la adquirida (folios 218 y 219), constatando KKR GENESIS divergencias con las estimadas por KKR en el marco de la operación KKR/IVI unos meses después⁴.

- (24) En particular, la estimación de las cuotas en el mercado de prestación de servicios de medicina reproductiva a pacientes privados de libre elección en Sevilla en 2020 por parte de GENERALIFE era del [20-30%] en volumen y [15-25%] en valor (folios 45 y 508), habiendo entonces una divergencia a la baja con respecto a las estimaciones de cuota realizadas posteriormente en el marco del expediente C/1321/22 KKR/IVI de 10,36 puntos porcentuales en la estimación en términos de volumen y de 18 puntos porcentuales en la estimación en términos de valor, ya que las cuotas estimadas para 2020 para este mismo mercado en el expediente C/1321/22 KKR/IVI y aportadas en el marco de la DP/ACP/091/22 habían sido de [30-40%] en volumen y de [30-40%] en valor (folio 46).
- (25) Estas cuotas superiores al 30%, proporcionadas en el marco de este expediente, fueron asimismo las aportadas por KKR GENESIS en el marco de la concentración C/1407/23 KKR/GENERALIFE cuando se requirió de oficio por la DC.
- (26) En segundo lugar, en el marco del análisis de la operación KKR GENESIS aportó también la estimación de cuota de GENERALIFE en el **mercado de medicina reproductiva a pacientes privados beneficiarios y titulares de mutualidades de funcionarios en la provincia de Madrid**, utilizando la metodología empleada en la anterior resolución C/1008/19 INVESTINDUSTRIAL/GINEFIV⁵, siendo ésta del [30-40%] en volumen⁶.
- (27) Sin embargo, la cuota aportada por KKR GENESIS en el marco de las DP/ACP/091/22 en el mercado de medicina reproductiva a pacientes privados beneficiarios y titulares de mutualidades de funcionarios en la provincia de Madrid no superaba los umbrales de notificabilidad, siendo del [15-25%] (folios 45 y 508). No obstante, tanto en la operación C/1407/23 KKR/GENERALIFE, como en correspondencia intercambiada entre KKR GENESIS y GENERALIFE cuando se analizaba la posible notificabilidad de la presente operación (folios 217 a 229) y aportada en este expediente, se indica que dicha cuota, había sido

⁴ KKR GENESIS ha indicado en repetidas ocasiones (folios 33, 46, 286, 290, 498, 513) que “Las estimaciones llevadas a cabo por IVI-RMA diferían ligeramente de aquellas proporcionadas por Investindustrial a KKR con motivo de la adquisición de Generalife”. Las estimaciones de cuotas de GENERALIFE fueron aportadas a KKR GENESIS en octubre de 2021 (folios 44, 219, 220, 290, 495, 505). Las estimaciones realizadas por KKR fueron calculadas en marzo y abril de 2022, posteriormente a la ejecución de la presente operación (folios 290, 505).

⁵ Dicha operación fue notificable como consecuencia de que la cuota que ostentaba GINEFIV en este mercado (folios 507, 514) era del [30-40%] en 2017 (folios 224, 225).

⁶ Las cuotas en este mercado que se habían aportado en el marco de las DP/ACP/091/22 habían sido estimadas siguiendo una metodología no consistente con la anterior resolución de la CNMC (folio 294), siendo inferior al 30% ([15-25%] en volumen y [5-15%] en valor).

estimada con una metodología distinta⁷ a la utilizada en el expediente C/1008/19 INVESTINDUSTRIAL/GINEFIV⁸ y que existían grandes diferencias entre las estimaciones realizadas con una y otra metodología⁹.

- (28) Por tanto, la operación superaba el umbral del 30% de cuota de establecido en el artículo 8.1 a) de la LDC en varios mercados relevantes.

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

- (29) El 17 de julio de 2023, sin mediar previa notificación, la DC requirió a KKR GENESIS la notificación de la operación de concentración económica consistente en la adquisición del control exclusivo de GENERALIFE por parte de KKR GENESIS, en aplicación del artículo 9.5 de la LDC (folios 312 a 313).
- (30) El 16 de agosto de 2023 KKR GENESIS notificó la operación mediante formulario ordinario, dando lugar al expediente C/1407/23 KKR/GENERALIFE. Con fecha 20 de diciembre de 2023, el Consejo de la CNMC decidió autorizar la operación en primera fase sin compromisos, en aplicación del artículo 57.2.a) LDC.
- (31) La resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, de 20 de diciembre de 2023, es firme, al no haber sido recurrida.

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

4.1. Habilitación competencial y objeto del expediente

- (32) Corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC la competencia para resolver este procedimiento de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado mediante Real Decreto 657/2013.
- (33) La presente Resolución tiene por objeto determinar si, como señala la Dirección de Competencia en su propuesta, KKR GENESIS 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.

⁷ Folio 224, [**CONFIDENCIAL**].

⁸ Dicha metodología había contado con el visto bueno de la CNMC (folio 515) dos años antes (la operación había sido aprobada en 2019, <https://www.cnmc.es/expedientes/c100819>).

⁹ Folio 224, [**CONFIDENCIAL**].

- (34) De conformidad con el artículo 85 de la Ley 39/2015, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento sancionador.

4.2. Tipificación de la conducta

- (35) De conformidad con el artículo 62.3.b) de la LDC, dos son los requisitos que deben concurrir para que resulte de aplicación el tipo infractor:
- que la operación de concentración esté sujeta a control con arreglo a lo dispuesto por la LDC siendo notificable,
 - que la ejecución de la concentración se haya efectuado antes de haber sido notificada a la CNMC y/o antes de que haya sido autorizada sin que se haya acordado el levantamiento de la suspensión.
- (36) El artículo 7 de la LDC define lo que debe entenderse por una concentración económica y el artículo 8.1.b) establece que serán de notificación obligatoria aquellas operaciones en las que el volumen de negocios global en España del conjunto de los participantes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros. Alternativamente a este requisito, el mismo artículo 8.1, en su letra a), párrafo segundo, prevé que se notificarán las operaciones de concentración que den lugar a una adquisición o un incremento de una cuota de mercado igual o superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio.
- (37) La Audiencia Nacional ha revisado en diversas ocasiones resoluciones sancionadoras por el mencionado supuesto infractor¹⁰. También el TJUE ha analizado diversos asuntos en relación con la conducta equivalente en el ámbito de la UE¹¹.
- (38) Como se recoge en el hecho 3.2, esta Sala considera que la operación de concentración por la que KKR adquirió el control exclusivo de GENERALIFE era notificable conforme al umbral de cuota de mercado del 30% previsto en el artículo 8.1 a) de la LDC en tres mercados relevantes distintos:
- mercado de prestación de servicios de asistencia sanitaria de medicina reproductiva a pacientes privados en la provincia de Sevilla, ([30-40%] en valor y [30-40%] en volumen),
 - mercado de prestación de servicios de asistencia sanitaria de medicina reproductiva a pacientes privados de libre elección en la provincia de Sevilla ([30-40%] en valor y [30-40%] en volumen),

¹⁰ SAN, de 28 de septiembre de 2012, rec 566/2010; de 18 de septiembre de 2013, rec. 232/2012; de 19 de mayo de 2020, rec. 777/2015; de 4 de julio de 2023, rec. 489/2016.

¹¹ Por todas, STJUE, de 31 de mayo de 2018, en el asunto C-633/16 *Ernst & Young*; de 4 de marzo de 2020 en el asunto C-10/18 P *Marine Harvest/Comisión*; de 9 de noviembre de 2023, en el asunto C-746/21 P *Altice Group Lux/Comisión*.

- mercado de medicina reproductiva a pacientes privados beneficiarios y titulares de mutualidades de funcionarios en la provincia de Madrid ([30-40%] en volumen).
- (39) Al respecto, esta Sala recuerda que con que la operación de concentración hubiera rebasado el umbral de cuota de mercado en uno de los mercados relevantes hubiera sido suficiente para ser notificable.
- (40) La Propuesta de Resolución rechaza que exista una definición de los mercados relevantes alternativa y la alegada ausencia de precedentes en el momento de cierre de la operación de concentración.
- (41) Esta Sala considera que la definición de los mercados relevantes es clara y lo era ya en el momento de ejecutarse la operación de concentración, existiendo resoluciones anteriores de la autoridad de competencia sobre estos mercados, particularmente destacable una relativa a la empresa adquirida de la que era concedora KKR GENÉISIS.
- (42) En cuanto a la validez o prevalencia de los datos, ha sido la propia notificante la que se ha decantado por dar validez a las estimaciones que suponen superar el umbral del 30% frente a las que les fueron remitidas en 2021 por la empresa adquirida al ser las aportadas pocos meses después al cierre de la operación en la operación KKR/IVI.
- (43) Esta Sala rechaza que haya una excepcional particularidad y complejidad, como se explica en la Propuesta de Resolución, en el cálculo de las cuotas de mercado debiéndose haber llegado a la conclusión en el análisis de si notificar la operación que esta cumplía efectivamente con los umbrales previstos en la normativa.
- (44) No caben dudas a esta Sala de que, como se señala en el apartado 3.1, la ejecución se produjo el 12 de enero de 2022. Esta es una cuestión que no ha sido puesta en entredicho por la incoada.
- (45) Asimismo, el momento temporal en que se hayan elaborado esas cuotas no es tampoco relevante para esta Sala, pues la empresa estaba claramente en posición de elaborar esas cuotas, a través del encargo a un tercero, unos meses después en el contexto del análisis de si notificar una nueva operación. La decisión de no acudir a este mecanismo meses antes es decisión y responsabilidad de la empresa.
- (46) KKR GENESIS, habiendo visto la propuesta de resolución, ha reconocido su responsabilidad y procedido al pago de la multa de conformidad con el artículo 85 de la Ley 39/2015.

4.3. Responsabilidad y culpabilidad de KKR GÉNESIS

- (47) 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 autor¹². 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.
- (48) No obstante, como ha indicado recientemente el Tribunal Constitucional (TC), recogiendo su jurisprudencia anterior, en la STC 179/2023, de 11 de diciembre de 2023, la doctrina constitucional sobre los principios de personalidad y culpabilidad a los que está sujeto el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, si bien se ha desarrollado respecto de las personas físicas, resulta también aplicable a las personas jurídicas, pero de forma distinta a como se hace respecto de aquellas.

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

- (49) 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 valoración siguiente:

“El hecho de que a una empresa con los conocimientos técnicos y medios materiales y humanos del GRUPO ISOLUX, no le llegase a surgir la más mínima duda sobre el momento de notificación de la operación o, al menos, decidiera acudir ante la propia Administración solicitando información,

¹² Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 y el artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen Jurídico del Sector Público.

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”.

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

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

- (51) En primer lugar, la empresa adquirente, en este caso KKR GENESIS, es la obligada a cumplir con la obligación legal de notificación, según el apartado 4.b. del artículo 9 LDC en el caso de que la operación supere los umbrales previstos en el artículo 8.1. a) de la LDC y, por tanto, es la responsable de realizar sus mejores estimaciones de cuotas de manera diligente.
- (52) Como se ha recogido en los antecedentes de hecho, el día 22 de marzo de 2024 tuvo entrada en la CNMC el formulario de reconocimiento de responsabilidad y pago voluntario de sanciones de KKR GENESIS. El reconocimiento de la responsabilidad conforme al artículo 85 de la Ley 39/2015 supone el reconocimiento por parte de la empresa de que cerró la operación de concentración antes de notificar a la CNMC.
- (53) Proceder a cerrar la operación fue una decisión empresarial de la adquirente, pues nada le obligó a confiar en la información proporcionada por la adquirida y nada le impidió realizar comprobaciones de las estimaciones aportadas por la vendedora o realizar las suyas propias. A diferencia de la empresa adquirente, la empresa adquirida en esta operación no está obligada a notificar y, por tanto, puede tener un interés en una más rápida conclusión de la operación, evitando la autorización de la CNMC, sin el riesgo de incurrir en el tipo infractor del artículo 62.3.b). Esta Sala no considera diligente fiarse simplemente de las cuotas aportadas por esta empresa, sin mayores comprobaciones y pese a que la propia empresa adquirente, ahora incoada, expresó dudas sobre la metodología y resultados de las cuotas suministradas en algunos mercados.

- (54) Asimismo, el artículo 55.2 LDC y el artículo 59 RDC regulan una consulta previa a la notificación para resolver, entre otros, si una determinada concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previstos en el artículo 8 y donde se podría haber consultado la metodología utilizada para el cálculo de las cuotas en las resoluciones anteriores¹³.
- (55) Sin embargo, KKR GENESIS decidió, ante todos estos elementos de juicio y posibilidades de actuación, que indudablemente existían, asumir las cuotas que le fueron remitidas y no considerar la operación notificable, lo que ha de calificarse como una actuación negligente y que no agotó las distintas opciones de la empresa. Esto es indudable, pues en el contexto de la operación KKR/IVI meses después la empresa acudió a otras fuentes, más allá del suministro por la empresa adquirida, para el cálculo de las cuotas de mercado y fue precisamente lo que le llevó a aportar a la CNMC unas cuotas de mercado que rebasaban el umbral previsto en el artículo 8 LDC.
- (56) En conclusión, esta Sala no tiene dudas de la responsabilidad y culpabilidad de KKR GENESIS en la conducta por la que adquirió GENERALIFE antes de notificar la operación a la CNMC y conseguir la pertinente autorización.

4.4. Determinación de la sanción

- (57) Una infracción de esta clase está tipificada como una infracción grave en el artículo 62.3.b) de la LDC, por lo que la sanción a imponer será una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
- (58) La conducta analizada ha consistido en la ejecución de la adquisición por KKR del control exclusivo de GENERALIFE el 12 de enero de 2022, sin haber sido previamente notificada a la CNMC a pesar de cumplir con los requisitos que

¹³ Sobre la consulta previa a la autoridad se ha pronunciado tanto la Audiencia Nacional: “Debe señalarse que tal y como se indica en la resolución impugnada 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 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, permite verificar la notificabilidad de la operación de concentración, y también el momento en que debe notificarse, siempre antes de su ejecución. El hecho de que a una empresa con los conocimientos técnicos y medios materiales y humanos del GRUPO ISOLUX, no le llegase a surgir la más mínima duda sobre el momento de notificación de la operación o, al menos, decidiera acudir ante la propia Administración solicitando información, especialmente teniendo en cuenta los cauces específicos previstos por la Ley y el Reglamento de Defensa de la Competencia, impide considerar que, por su parte, se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones que, en materia de control de concentraciones, incumben a toda empresa que realiza operaciones jurídicas que, por su naturaleza, pueden quedar sometidas a autorización de la CNC.” (SAN de 18 de septiembre de 2013, rec. 232/2012). También el TJUE, de 9 de noviembre de 2023, en el asunto C-746/21 P Altice Group Lux/Comisión También, par 198.

determinan que una operación de concentración tenga que ser previamente notificada.

- (59) El volumen de negocio consolidado a nivel interno aportado por KKR GENESIS para 2022 es de **[CONFIDENCIAL]** millones de euros¹⁴. KKR GENESIS ha señalado que no dispone de cuentas auditadas a nivel consolidado de la sociedad y está exenta de realizarlas de acuerdo con el artículo 43 del Código de Comercio, por ser dependiente de una sociedad domiciliada en la Unión Europea que formula dichas cuentas anuales consolidadas. No obstante, se ha comprobado la consolidación interna por la aportación de las cuentas anuales auditadas de las sociedades en cartera de KKR GENESIS.
- (60) En el ordenamiento jurídico español, la determinación de las sanciones debe realizarse sobre la base de los criterios fijados en el artículo 64 de la LDC¹⁵. La aplicación debe realizarse de conformidad con la doctrina jurisprudencial fijada por nuestro Tribunal Supremo¹⁶.
- (61) Como se dispone en la Directiva ECN+, las autoridades nacionales de competencia “deben tener la facultad de imponer multas efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas y asociaciones de empresas”¹⁷.
- (62) Las sanciones deben determinarse sobre la base de “*la duración y la gravedad de la infracción*”. Para evaluar la gravedad de la conducta se pueden tener en consideración “*la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las empresas involucradas, el alcance geográfico de la infracción, el hecho de que la infracción se haya aplicado, el valor de las ventas de bienes y servicios de la empresa a que se refiere directa o indirectamente la infracción y el tamaño y poder de mercado de la empresa implicada*”¹⁸.
- (63) En este proceso de fijación de las sanciones, el Consejo de la CNMC “*cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así*

¹⁴ Folio 525.

¹⁵ De conformidad con el artículo 5 del Reglamento 1/2003, la imposición de las sanciones se realizará por las autoridades de competencia de los Estados miembros de acuerdo con “*su Derecho nacional*”.

¹⁶ Especialmente, la Sentencia del TS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013 (ECLI:ES:TS:2015:112).

¹⁷ Véase el considerando 40 de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 (DO L 11 de 14.1.2019, p. 3/33). Esta indicación también ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: por todas, vid. la sentencia de 24 de febrero de 2017, recurso 2872/2013 (ECLI:ES:TS:2015:112).

¹⁸ Véase el considerando 47 de la Directiva ECN+.

como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa”¹⁹.

- (64) En este caso concreto, la Sala de competencia de la CNMC ha de comenzar por determinar cuál debe ser el tipo sancionador aplicable al volumen de negocios del ejercicio anterior dentro del intervalo que llega hasta un máximo del 5%.
- (65) En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a LDC), la operación de concentración analizada (cuyo precio global de compraventa ascendió a **[CONFIDENCIAL]** euros) supuso la entrada de KKR GENESIS en el sector de la fertilidad en Europa. Concretamente, en España implicó la entrada en el mercado de prestación de servicios de asistencia sanitaria de medicina reproductiva en las provincias de Madrid, Barcelona, Sevilla, Murcia, Zaragoza, Cádiz, Huelva, Vizcaya y Valencia. Adicionalmente, le permitió la entrada en los mercados (i) de prestación de servicios de asistencia sanitaria de ginecología y obstetricia en las provincias de Zaragoza, Cádiz, Huelva y Sevilla, (ii) de gestión y donación de gametos nacional y (iii) de análisis de genética reproductiva nacional. KKR GENESIS no tenía actividad previa en estos mercados, lo que llevó a asumir la posición competitiva que GENERALIFE presentaba en ellos.
- (66) En cuanto a la dimensión del mercado afectado (art. 64.1.a LDC) y al alcance de la infracción (art. 64.1.c LDC), puede utilizarse como referencia la facturación de GENERALIFE en España que, en el año 2021, fue de **[CONFIDENCIAL]** millones de euros, según la información facilitada en el expediente C/1407/23 KKR/GENERALIFE.
- (67) Respecto a la cuota de mercado (art. 64.1.b LDC), KKR GENESIS se hizo con cuotas superiores al 30% en el mercado de prestación de servicios de asistencia sanitaria de medicina reproductiva en Sevilla a pacientes privados ([30-40%] en valor y [30-40%] en volumen) y a pacientes privados de libre elección ([30-40%] en valor y [30-40%] en volumen) en 2021 y en Madrid a pacientes privados beneficiarios y titulares de mutualidades de funcionarios ([30-40%] en volumen) en 2021, año inmediatamente anterior a la ejecución de la operación.
- (68) No obstante, a pesar de que KKR GENESIS se hizo con cuotas elevadas en esos mercados, la operación no supuso una transformación relevante en la estructura de dichos mercados por cuanto se produjo la sustitución de un operador por otro, sin adición de cuotas. Ello quedó reflejado en el análisis que realizó esta DC en el marco del expediente C/1407/23 KKR/GENERALIFE.
- (69) En cuanto al artículo 64.1.d LDC, entre la ejecución formal de la operación de la adquisición del control exclusivo de GENERALIFE por KKR (12 de enero de

¹⁹ Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, Asunto C-194/14 P *AC-Treuhand AG* contra Comisión Europea, (ECLI:EU:C:2015:717), citada, entre otras muchas, por la Sentencia del TS de 7 de junio de 2021, recurso 5428/2020 (ECLI:ES:TS:2021:2439).

2022) y su autorización (20 de diciembre de 2023) transcurrieron 1 año y 11 meses.

- (70) Respecto a los efectos de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos (art. 64.1.e LDC), el control de concentraciones se configura como un instrumento de carácter preventivo, cuya finalidad es evitar y, en su caso, corregir la excesiva concentración de las fuerzas de mercado cuando ello pueda perjudicar de manera significativa las condiciones de competencia en el mercado. El artículo 38 de la Constitución, que consagra la libertad de empresa, sienta asimismo el fundamento último de este sistema de control al encargar a los poderes públicos el mantenimiento y la garantía del funcionamiento del sistema de economía de mercado.
- (71) La falta de notificación de una operación de concentración económica sujeta al control de la CNMC en virtud de lo dispuesto en la LDC priva a la autoridad de la posibilidad de valorar la transacción y evitar -mediante el establecimiento de compromisos o condiciones o directamente prohibiéndola- un posible impacto negativo de la misma sobre las condiciones de competencia. Dado que la competencia es necesaria para el correcto funcionamiento del mercado, y su distorsión puede desembocar en restricciones de oferta y sobrepuestos, de la omisión de notificación previa se deriva un perjuicio potencial directo sobre los derechos e intereses de los consumidores.
- (72) Ahora bien, en este caso concreto, el Consejo de la CNMC, en su resolución de 20 de diciembre de 2023, consideró que no cabía esperar que esta operación supusiera amenaza alguna para la competencia, autorizando la misma en primera fase y sin compromisos. Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior, cabe señalar que la misma, considerada de forma aislada, no se materializó en un perjuicio concreto a los derechos de los consumidores o de otros operadores económicos, más allá de la sustracción injustificada de la transacción al preceptivo control administrativo.
- (73) Esta ausencia de un perjuicio constatable a los intereses de los consumidores como resultado de la infracción debe ser tenida en cuenta a la hora de modular la sanción, en virtud del principio de proporcionalidad, si bien dada la naturaleza de la infracción (omisión de un deber) no cabe su consideración como modulador de la sanción ya que como se ha señalado en resoluciones anteriores de la autoridad *"la falta de notificación de una operación de concentración constituye una infracción de la LDC que debe ser sancionada con especial severidad, precisamente para dejar evitar al arbitrio de los afectados la decisión sobre cuándo y cómo se debe notificar, o incluso sobre si se debe notificar"*.
- (74) De cara a la determinación de la sanción, es preciso tener en cuenta algunas otras circunstancias. En el contexto de la operación C/1321/22, la DC tuvo

conocimiento de que KKR había adquirido el control exclusivo de GENERALIFE. En el Informe y Propuesta de Resolución²⁰ puesto a disposición de la notificante, se indicaba que la DC estaba analizando en el marco del expediente DP/ACP/091/21, si en dicha operación concurrían las circunstancias para su notificación obligatoria. No obstante, dicha operación no fue notificada voluntariamente a la CNMC sino a requerimiento previo expreso de ésta, según lo establecido en el artículo 9.5 de la LDC. Ello refleja una actuación especialmente poco diligente por parte de KKR GENESIS, pues no presentó una notificación (ni una consulta previa) hasta que la DC procedió a requerirla de oficio en aplicación del artículo 9.5 de la LDC.

- (75) Adicionalmente, KKR es una sociedad de inversión a escala mundial cuya actividad se centra en la adquisición del control económico de sus sociedades en cartera a través de sociedades vehiculares, como es en este caso KKR GENESIS. Consecuentemente, tiene un especial conocimiento de esta actividad y las obligaciones legales que pueden derivarse del proceso de adquisición de cualquier sociedad, entre otras, el deber de notificación a la CNMC de aquellas operaciones que superan los umbrales establecidos en el artículo 8.1 de la LDC.
- (76) Por último, esta Sala no aprecia la concurrencia de ninguna de las circunstancias ni agravantes ni atenuantes contempladas en el artículo 64.2 y 64.3 de la LDC respectivamente.

4.5. Terminación del procedimiento y reducción de la sanción

- (77) En la Propuesta de Resolución se indicaba que KKR GENESIS, como presunta infractora, podía reconocer voluntariamente su responsabilidad conforme a lo previsto en el artículo 64.2.d) de la Ley 39/2015, con los efectos del artículo 85 de la misma ley.
- (78) De conformidad con el artículo 85 de la Ley 39/2015, apartado primero, que regula la terminación de los procedimientos sancionadores, se establece que el reconocimiento de la responsabilidad permite resolver el presente procedimiento con la imposición de la sanción procedente. Asimismo, de acuerdo con el segundo apartado de este precepto, dado que la sanción tiene en este caso únicamente carácter pecuniario, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la Resolución, implicará la terminación del presente procedimiento.
- (79) A este respecto, el artículo 85.3 de la Ley 39/2015 prevé que, tanto en el caso de reconocimiento de responsabilidad como en el de pago voluntario de la multa

²⁰ En el apartado 10. Propuesta se enuncia *“Asimismo, cabe señalar que esta Dirección está investigando la adquisición de GeneraLife por parte de KKR bajo la referencia DP/ACP/091/22, por una posible infracción del artículo 62.3 b) de la LDC.”*

con anterioridad a la resolución del procedimiento, y cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de al menos el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo estas acumulables entre sí.

- (80) Mediante un ingreso de 25 de marzo de 2024 a través del modelo 069 de Ingresos No Tributarios, KKR GENÉISIS ha procedido a pagar la sanción determinada en la Propuesta de Resolución del procedimiento, conforme a las reducciones aplicables.
- (81) De este modo, al haberse realizado un reconocimiento expreso de responsabilidad por parte de KKR GENESIS y al haberse producido el pago voluntario de la multa, procede aplicar la reducción del 40% al importe de la sanción propuesta de 1.138.870 euros, quedando en un total de 683.322 euros.
- (82) Por cuanto antecede, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

5. RESUELVE

Primero. Declarar que KKR GENESIS BIDCO S.L.U. es responsable de una infracción grave del artículo 62.3.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia la Ley 15/2007 y la terminación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, en los términos de la propuesta de resolución, en la que se establece la sanción pecuniaria a KKR GENESIS BIDCO S.L.U.

Segundo. Aprobar las dos reducciones del 20% sobre la sanción de 1.138.870 euros contenida en la Propuesta de Resolución, establecidas en el artículo 85, apartado 3, de la Ley 39/2015 en relación con los apartados 1 y 2, de la Ley 39/2015, minorándose la sanción en un 40% a la cuantía de la sanción hasta un total de 683.322 euros, que ya ha sido abonada por KKR GENESIS BIDCO S.L.U.

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

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la

Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio.