

RESOLUCIÓN

Expte. SAMAD/01/2016 CEMENTERIOS DE LEGANÉS

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 4 de octubre de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición indicada, ha dictado esta Resolución en el expediente SAMAD/01/2016 CEMENTERIOS DE LEGANÉS, incoado por la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, contra Servicios Funerarios Funemadrid, S.A., por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, constitutivas de un abuso de posición de dominio, prohibidas por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	4
II. LAS PARTES	6
III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO.....	8
1. Mercados de producto y geográfico	8
A. Mercado de prestación de servicios de cementerio	9
B. Mercado de confección, instalación, ornamentación y práctica de inscripciones en nichos y lápidas mortuorias (en adelante, también mercado de arte funerario).....	10
2. Características generales del servicio de cementerio	11
IV. HECHOS ACREDITADOS	13
1. Régimen de explotación del servicio del cementerio municipal de Leganés.....	13
2. Conflictos de acceso al cementerio en relación con empresas marmolistas integrantes de la asociación ASEMPIMA.....	15
3. La factura de fecha 14 de abril de 2015 emitida por FUNEMADRID por autorización para la inscripción y ornamentación de lápida.....	16
4. El informe de los servicios técnicos del Ayuntamiento de Leganés	17
V. FUNDAMENTOS DE DERECHO	17
PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER.....	17
SEGUNDO.OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE ...	18
TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR	18
CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA.....	19
1. El abuso de la posición de dominio de FUNEMADRID	19
A. La posición de dominio de FUNEMADRID en el mercado de servicios de cementerio en la localidad de Leganés	20
B. La influencia de FUNEMADRID en el mercado de arte funerario en la localidad de Leganés	25
C. Análisis del abuso de la posición de dominio.....	27
2. Duración.....	32
3. Responsabilidad y culpabilidad	33
QUINTO. OTRAS ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y CUESTIONES PLANTEADAS EN FASE DE RESOLUCIÓN	36
1. Solicitud de prueba	36

2. Solicitud de confidencialidad	37
SEXTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.....	37
RESUELVE38	

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 24 de noviembre de 2015, se recibió en la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) denuncia de la Asociación de Empresarios de la Piedra y el Mármol de Madrid (**ASEMPIMA**), contra Servicios Funerarios Funemadrid, S.A. (**FUNEMADRID**) y el Ayuntamiento de Leganés, por presuntas prácticas contrarias al artículo 2 de la LDC, consistentes en denegar a los asociados de ASEMPIMA la autorización para prestar sus servicios en el Cementerio Municipal de Leganés, del que FUNEMADRID es concesionaria (folios 1 a 304).
2. De conformidad con lo establecido en los artículos 2 y 5.dos a) de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, se entendió por la CNMC que la conducta denunciada alteraba la competencia exclusivamente en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, siendo competente, por tanto, para su instrucción la autoridad de competencia de la Comunidad Autónoma. Por ello, la CNMC dio traslado del expediente original a la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid (**DGEPF**).
3. Tras el trámite de asignación de competencias, con fecha 21 de enero de 2016 se formularon por la DGEPF, dentro del marco de la información reservada S.A. 1/2016, requerimientos de información a ASEMPIMA, FUNEMADRID, SEGUROS SANTA LUCIA, al Ayuntamiento de Leganés y a la Policía Local del citado municipio (folios 305 a 336).
4. Posteriormente, la DGEPF formuló requerimientos de información al Ayuntamiento de Leganés (folios 427 a 430), al Cementerio Católico de San Salvador de Leganés (folios 446 a 449 y 468 a 472) y al Cementerio de la Asociación de Nuestra Señora de Butarque (folios 464 a 467).
5. Con fecha 17 de junio de 2016, la DGEPF realizó un nuevo requerimiento de información a FUNEMADRID (folios 475 a 478).
6. Con fecha 8 de septiembre de 2016, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC y en los artículos 25.1.c) y 28 del RDC, se acordó por la DGEPF la incoación del expediente sancionador a FUNEMADRID por presuntas prácticas restrictivas de la competencia, constitutivas de un abuso de posición de dominio, prohibidas por el artículo 2 de la LDC.
7. Con fecha 19 de octubre de 2016, la DGEPF formuló el Pliego de Concreción de Hechos (**PCH**), que fue debidamente notificado a ASEMPIMA y FUNEMADRID (folios 528 a 647).

8. Tras concedérsele una ampliación de plazo, FUNEMADRID presentó alegaciones al PCH con fecha 25 de noviembre de 2016 (folios 679 a 763).
9. Con fecha 23 de diciembre de 2016, FUNEMADRID presentó una solicitud de inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador (folios 767 a 770). En la citada solicitud, FUNEMADRID anunció las líneas generales de los compromisos que estaba dispuesta a asumir, solicitando un plazo de 3 meses para presentar la correspondiente propuesta de compromisos.
10. Con fecha 19 de enero de 2017, se acordó por la DGEPF el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador, con suspensión del plazo máximo de resolución hasta la conclusión de la terminación convencional (folios 771 a 776).
11. Con fecha 18 de abril de 2017, FUNEMADRID presentó su propuesta de compromisos dentro del plazo concedido (folios 18 a 21 de la pieza separada de terminación convencional).

La propuesta de compromisos se centraba en la aprobación de un reglamento de régimen interior del Cementerio de Leganés por el Ayuntamiento, así como en la modificación de la Ordenanza Fiscal 13 del citado Ayuntamiento, por lo que se emplazó al Ayuntamiento de Leganés para que mostrara su opinión al respecto, sin que se haya recibido respuesta alguna por parte del Consistorio.

12. Tras considerar la DGEPF que los compromisos presentados por FUNEMADRID no resolvían los problemas de competencia detectados, de conformidad con el artículo 39.3 del RDC, se requirió a la citada empresa para que presentase nuevos compromisos (folios 65 a 73 de la pieza separada de terminación convencional). Sin embargo, FUNEMADRID no presentó nuevos compromisos por lo que, con fecha 21 de septiembre de 2017, la DGEPF acordó tener por desistido a FUNEMADRID de su petición de terminación convencional, levantar la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento y ordenar la continuación del mismo (folios 777 a 785).
13. La DGEPF, tras analizar la documentación de la pieza separada de terminación convencional, consideró que la resolución del expediente podía afectar a derechos o intereses titularidad del Ayuntamiento de Leganés, motivo por el que, con fecha 3 de octubre de 2017, acordó considerar al citado Ayuntamiento como parte interesada del expediente sancionador S.A. 1/2016.
14. Dado que desde FUNEMADRID se había transmitido a la DGEPF la intención de cesar de la conducta imputada, con fecha 17 de octubre de 2017, la DGEPF requirió información a ASEMPIMA para que informase

sobre si tenía constancia de la cesación de FUNEMADRID de las negativas de acceso al cementerio (folios 877 a 884).

El citado requerimiento fue contestado con fecha 3 de noviembre de 2017, señalando la citada Asociación que, conforme a la información disponible por lo asociados, FUNEMADRID no había realizado ningún acto dirigido a poner fin a la denegación de acceso (folios 885 a 887).

15. Con fecha 24 de octubre de 2017, se promulgó el Decreto 126/2017, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se modificó el Decreto 193/2015. En virtud del artículo Único tres del citado Decreto de 2017, la DGEFP pasó a denominarse Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad (**DGEEC**). En la presente resolución, se utilizan ambos acrónimos -DGEFP y DGEEC- para referirse al órgano de instrucción del procedimiento.
16. Con fecha 7 de diciembre de 2017, el órgano instructor acordó el cierre de la fase de instrucción (folios 910 a 927).
17. Con fecha 19 de diciembre de 2017, la Directora General de Economía, Estadística y Competitividad firmó la propuesta de resolución del procedimiento, que fue remitida a la CNMC con fecha 6 de febrero de 2018 (folios 1208 a 1299 y 1301).
18. FUNEMADRID ha presentado alegaciones a la propuesta de resolución (folios 1173 a 1207).
19. Con fecha 13 de septiembre de 2018, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerir a FUNEMADRID la cifra de su volumen de negocios total relativo al año 2017 (folios 1302 a 1303). La respuesta al requerimiento tuvo lugar con fecha 26 de septiembre de 2018 (folios 1337 a 1338).

Asimismo, se acordó suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento. La suspensión fue levantada con fecha 27 de septiembre de 2018.
20. Son partes interesadas en el procedimiento las que se relacionan a continuación.

II. LAS PARTES

1. Denunciante

ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS DE LA PIEDRA Y EL MÁRMOL DE MADRID (ASEMPIMA)

ASEMPIMA está ubicada en Madrid, y es una asociación constituida en el año 2002 que engloba a diferentes empresarios y empresas radicadas en la

Comunidad de Madrid cuya actividad principal es la realización de trabajos utilizando como materia prima la piedra y el mármol, y en lo que aquí interesa, la realización de todo tipo de trabajos en piedra y mármol relacionados con los enterramientos, sepulcros, adornos de éstos, etc. Los profesionales y empresas que forman parte de ASEMPIMA prestan servicios de confección y colocación de panteones, lápidas (tanto para nichos, como para sepulturas y columbarios), decoración de éstas, práctica de inscripciones, elaboración de urnas para cenizas y todo tipo de decoración como floreros, etc.

En el año 2016, la asociación estaba formada por 7 empresas (folios 401 y 416).

2. Denunciado

SERVICIOS FUNERARIOS FUNEMADRID, S.A. (FUNEMADRID)

FUNEMADRID tiene domicilio en Madrid y pertenece al grupo FUNESPAÑA, S.A.

Según consta en su página web¹, en el año 2017 FUNEMADRID gestionaba en régimen de concesión 10 cementerios en la Comunidad de Madrid. Entre ellos, el cementerio municipal de Leganés. Su facturación en el año 2017 fue de 8.867.004,22 euros (folios 1337 a 1338).

FUNEMADRID pertenece a FUNESPAÑA que es el primer grupo español independiente de servicios funerarios y uno de los más importantes de Europa en el sector. En la actualidad FUNESPAÑA presta servicio directamente, a través de sus centros propios y oficinas en 21 provincias, donde cuenta con 140 tanatorios, 17 crematorios y 28 cementerios².

3. Otros interesados

AYUNTAMIENTO DE LEGANÉS

Leganés es una ciudad española que forma parte de la Comunidad de Madrid. Se encuentra dentro del área metropolitana de Madrid. Su población en 2017 era de 187.720 habitantes³.

¹ <https://accionistas.funespana.es/pdfs/hrf0581.pdf>

² <http://www.funespana.es/quienes.asp>

³ <http://www.leganes.org/portal/Estadisticas/Menu.html>

III. ANÁLISIS DEL MERCADO AFECTADO

1. Mercados de producto y geográfico

Como se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de esta Resolución, esta Sala debe analizar si FUNEMADRID, como concesionaria del cementerio municipal de Leganés, ha incurrido en una infracción del artículo 2 de la LDC, al denegar la autorización para prestar servicios de arte funerario en el citado cementerio a profesionales integrantes de ASEMPIMA. En consecuencia, la conducta analizada tiene lugar en el sector funerario que englobaría los servicios realizados desde el fallecimiento de la persona hasta su inhumación o cremación.

Los servicios funerarios fueron liberalizados en 1996⁴, hasta el momento considerados servicios esenciales y reservados a las Entidades Locales, abriendo su prestación a las empresas privadas y estableciendo la posibilidad de que los municipios pudieran someter a autorización la prestación de estos servicios, teniendo la autorización carácter reglado y debiéndose precisar normativamente los requisitos para obtenerla. Desde entonces, sucesivos paquetes legislativos han tratado de reducir las restricciones de acceso a la prestación de estos servicios⁵.

Los requisitos, restricciones y obligaciones que deben cumplir las empresas funerarias se encuentran recogidos principalmente en la normativa nacional y autonómica sobre policía sanitaria mortuoria (PSM)⁶.

⁴ Mediante Real Decreto-ley 7/1196, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica.

⁵ Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad: especifica que el Estado y las Comunidades Autónomas debían fijar los criterios mínimos de acuerdo con los cuales los municipios podrían regular los requisitos objetivos necesarios para obtener la autorización.

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio: introduce un enfoque según el cual cualquier medida que suponga una limitación al acceso o al ejercicio de una actividad de servicios debe ser justificada por una razón imperiosa de interés general y debe ser proporcionada, es decir no debe existir ninguna otra medida menos restrictiva que permita salvaguardar el objetivo que se pretende con la regulación (principios de necesidad y proporcionalidad). Además, explicita la habilitación de carácter nacional.

Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) : extiende los anteriores principios a otros ámbitos de la actividad económica.

⁶ El Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria (RPSM), aprobado por Decreto de 20 de julio de 1974 o las disposiciones adoptadas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.

En el caso de la Comunidad de Madrid, véase el Decreto 124/1997, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Sanidad Mortuoria.

De acuerdo con los precedentes nacionales⁷, dentro de este sector se distinguen los siguientes mercados de producto: i) el mercado de servicios funerarios, ii) el mercado de servicios de tanatorio, iii) el mercado de servicios de cementerio y iv) el mercado de servicios de cremación o incineración.

En el presente expediente, la DGEEC ha identificado en su propuesta de resolución dos mercados relevantes que, según señala el órgano instructor, se encuentran vinculados entre sí. Por un lado, el mercado de prestación de servicios de cementerio, en el que opera FUNEMADRID y, por otro lado, el mercado conexo de confección, instalación, ornamentación y práctica de inscripciones en nichos y lápidas mortuorias, en el que operan las empresas dedicadas al arte funerario.

Esta Sala se muestra conforme con la definición realizada por la DGEEC en su propuesta de resolución y que se sintetiza a continuación.

A. Mercado de prestación de servicios de cementerio

El extinto TDC ha definido los servicios de cementerio como aquellos que se realizan desde la descarga del féretro y la corona hasta su inhumación o enterramiento⁸, así como la reducción de los restos óseos, mediante la manipulación de los huesos, para reducir el espacio ocupado en nichos y sepulturas⁹.

Los servicios de cementerio se pueden clasificar bajo distintos criterios, como el de su titularidad pública o privada. La Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local configura los servicios de cementerio como servicios públicos de obligatoria prestación por parte de los municipios en España. Los cementerios de titularidad municipal se configuran como bienes de dominio público afectos al servicio público obligatorio de carácter local correspondiendo a la autoridad municipal las competencias y el régimen interno de ordenación del recinto, concesión y transmisión de sepulturas, licencias de obras, administración burocrática y financiera, control sanitario y mortuario. Además de estas facultades que derivan de la gestión de un bien demanial afecto a un servicio

⁷ Expedientes N-04045 INTUR/SCI SPAIN; N-04046 INTUR/EURO STEWART; N-05031 INTUR/FUNERARIAS DEL ALTO ARAGÓN, del extinto SDC y C-85/04 INTUR/EURO STEWART, del extinto TDC; C/0343/11 3i GROUP(MEMORA)/SERVEIS FUNERARIS BARCELONA y C/0097/08 3i/MÉMORA, de la extinta CNC, C/0880/17 OTTP / MÉMORA de la CNMC C0908/17 MÉMORA / FUNERARIA MIRANDA de la CNMC, C/0964/18 MÉMORA/SERFUNTAN de la CNMC.

⁸ De acuerdo con la normativa del Registro Civil, la inscripción de la defunción es obligatoria para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del fallecimiento. Una vez practicada la inscripción, que se llevará a cabo en las 24 horas siguientes a la defunción, se expedirá la licencia para el entierro o incineración en el plazo que reglamentariamente se establezca.

⁹ Expediente 502/00 Funerarias Madrid 3, C85/04 INTUR/EURO STEWART, N/05031 INTUR/FUNERARIAS DEL ALTO ARAGON, C/0765/16 CATALANA OCCIDENTE/GRUPO PREVISORA BILBAINA/GRUPO FUNERARIO ARROITIA.

público, se unen las referidas a la policía sanitaria mortuoria como la inhumación, exhumación e incineración de cadáveres y reducción de restos.

Es decir, la característica principal es que el cementerio permite una prestación pública consistente en disponer de determinadas unidades de enterramiento como nichos, sepulturas, etc., cuyo uso se permite a los particulares. En la actualidad, numerosos ayuntamientos han optado por la gestión privada por parte de empresas funerarias -normalmente a través de contratos de concesión, pero también, en algunos casos, a través de sociedades mixtas con capital privado minoritario-, estando las tarifas autorizadas por el Ayuntamiento.

Dentro de los cementerios públicos cabría una posterior división entre municipales y supramunicipales, como los mancomunados o comarcales. A su vez, los cementerios privados son clasificables en confesionales y no confesionales.

En lo que se refiere al mercado geográfico, los precedentes señalan que, dada la naturaleza y las características de los servicios prestados, los mercados de producto definidos en el ámbito de los servicios funerarios tienen carácter local, pudiendo considerarse, según los casos, tanto el ámbito municipal como la zona de influencia de un determinado municipio, una comarca o una región. En particular, en lo que se refiere al mercado de servicios de cementerio, si bien FUNEMADRID considera que debe englobar la prestación de servicios de cementerio en toda la Comunidad de Madrid, el TDC¹⁰ y la CNC¹¹ han considerado reiteradamente que es local. En el mismo sentido, se expresan las sentencias de la Audiencia Nacional de fecha 31 de marzo de 2010 (recurso 154/2009) en la que se indica expresamente que “*los mercados descritos de servicios funerarios, de tanatorio y cementerio son de ámbito local*”, y del Tribunal Supremo de fecha 14 de junio de 2013 (recurso de casación 3568/2010).

En consecuencia, y dado que los hechos se refieren a la denegación de acceso al cementerio municipal de Leganés, gestionado por FUNEMADRID mediante concesión del Ayuntamiento de Leganés, el mercado geográfico queda delimitado en este caso por el municipio de Leganés.

B. Mercado de confección, instalación, ornamentación y práctica de inscripciones en nichos y lápidas mortuorias (en adelante, también mercado de arte funerario)

En la resolución del TDC de 21 de septiembre de 1993 (334/93 Marmolistas Fuengirola), el Tribunal ya definió entonces el mercado de instalación de lápidas,

¹⁰ Resolución del TDC de 9 de octubre de 2001 (Expte. 502/00 Funerarias Madrid 3) ; Informe del TDC de fecha 20 de octubre de 2004 en el expediente C85/04 INTUR / EURO STEWART.

¹¹ Resolución de 3 de marzo de 2009 (Expte. 650/08, Funerarias Baleares).

por cuanto *“se trata de que los marmolistas instalen dichas placas como integrante de su propia actividad comercial”*.

Como bien señala la DGEEC en su propuesta de resolución, en este mercado los oferentes son las empresas y profesionales que trabajan la piedra o la roca y los demandantes los consumidores o empresas funerarias que actúan en nombre de aquellos o de las compañías aseguradoras de decesos. Una característica de este mercado es que la demanda del servicio o producto está condicionada a la realización de un enterramiento o incineración en un determinado cementerio.

Por las condiciones físicas del negocio, no parece que los profesionales o empresas instaladoras de lápidas y nichos puedan encontrarse muy lejos del lugar en que practiquen su actividad sin encarecer notablemente los costes.

Sin embargo, como bien señala el órgano instructor, el mercado de ornamentación funeraria está experimentando una reestructuración, debido al aumento de las incineraciones por razones de coste y ausencia de espacio, la aparición creciente de las tiendas online para la adquisición de lápidas y arte funerario, y la concentración de muchos de los servicios por compañías de seguros.

En el mercado existen diferentes tipos de lápidas en función, normalmente, del método de grabación utilizado para las mismas. Las más económicas son las realizadas mediante grabado por chorro de arena o arenadas. Hay también lápidas esculpidas mediante la grabación láser. Otra alternativa de diseño es la incrustación, entendida esta como la colocación de un material distinto en la lápida. Además de los diseños convencionales, el mercado también ofrece la posibilidad de realizar lápidas talladas a mano en diferentes mármoles.

En este caso, igualmente el mercado geográfico es el local, tal como ha señalado el TDC en el citado expediente 34/93 Marmolistas Fuengirola al considerar que *“el lugar donde realmente actúan tales operadores, donde tiene el ayuntamiento su poder de regulación y donde se ha producido la práctica”*. Y en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (1752/2013), de 17 de octubre, al referirse al servicio de inscripciones funerarias, considera igualmente que el mercado geográfico debe ser el local, entre otros motivos porque *“lo normal es que la empresa contratada por el titular de una sepultura sea de la localidad donde se ubica el cementerio o muy próxima dado que no sería fácil encontrar un profesional de otro lugar que ofrezca un precio que, absorbiendo el coste del desplazamiento, siga siendo competitivo con los precios de los marmolistas de la localidad”*.

2. Características generales del servicio de cementerio

La demanda de este servicio, como sucede con la mayoría de servicios funerarios, es ocasional, forzosa y de primera necesidad, se produce en un

contexto particularmente emotivo y difícil y, frecuentemente, en circunstancias imprevistas, en las que es necesaria una respuesta inmediata, lo que dificulta la toma de decisiones bajo criterios de estricta racionalidad, todo lo cual repercute en la escasa elasticidad de la demanda respecto al precio. Por otro lado, es un mercado caracterizado por la escasa información que obtienen los usuarios de estos servicios, por la falta de experiencia, ausencia de interés debido a la concepción tabú de la muerte o por las circunstancias emocionales del momento.

La estadística de defunciones en el municipio de Leganés desde el año 1996 hasta el año 2014 es la siguiente:



Fuente: Movimiento Natural de la Población. INE.

En cuanto a la oferta de servicios de cementerio, la misma opera en un mercado en que la demanda está garantizada, si bien requiere de autorización para determinadas actividades funerarias. Existe una clara tendencia a la integración de las distintas prestaciones funerarias, de modo que las empresas funerarias tienden a proveer las distintas prestaciones de forma integral, bien por sí misma, bien coordinando las de varios proveedores a modo de único oferente.

La oferta de servicios funerarios ha variado a lo largo del tiempo a fin de adaptarse a las nuevas tendencias en materia funeraria, entre las que, por lo que afecta al mercado de cementerio, cabe destacar el incremento de la cremación frente a la inhumación. Aunque actualmente los servicios funerarios están

liberalizados, la oferta está influida por la presencia del sector público municipal en la actividad de cementerio.

Como ya se ha señalado, el servicio de cementerio es un servicio público obligatorio que debe prestarse en todos los municipios, bien directamente, bien a través de sociedades mercantiles. Hay ayuntamientos que han optado por el sistema mixto de propiedad pública con gestión privada, estando las tarifas autorizadas por el ayuntamiento correspondiente¹².

IV. HECHOS ACREDITADOS

1. Régimen de explotación del servicio del cementerio municipal de Leganés

En el término municipal de Leganés existen tres cementerios, uno de titularidad pública y dos de titularidad privada pertenecientes a dos entidades de carácter religioso: Parroquia de San Salvador y Asociación de Nuestra Señora de Butarque.

FUNEMADRID es la concesionaria de la explotación del cementerio municipal en virtud del contrato de concesión administrativa para la construcción y explotación del servicio municipal del cementerio de Leganés firmado entre FUNEMADRID y el citado Ayuntamiento el 13 de diciembre de 1996 (folios 259 a 265). El pliego de Condiciones Económico-Administrativa consta en los folios 246 a 258.

Según consta en la cláusula primera del citado contrato, la concesión comprende la construcción en terrenos municipales del cementerio municipal por parte de la empresa concesionaria y la explotación por ésta del cementerio por un periodo de 49 años. Al finalizar la concesión todas las obras e instalaciones realizadas revertirán al Ayuntamiento de Leganés.

La cláusula cuarta del meritado contrato señala que el concesionario gestionará y explotará el cementerio municipal en exclusiva y deberá elaborar un reglamento del servicio de cementerio, en el que regulará el régimen de funcionamiento del cementerio, las relaciones con los usuarios, los derechos funerarios, títulos de concesiones y demás pormenores. No consta aprobado el citado reglamento.

Asimismo, como retribución, el concesionario percibirá directamente de los usuarios los precios públicos que correspondan por la prestación de los servicios.

¹² De conformidad con el artículo 2 de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos, estas tarifas son prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias. Letra c) del artículo 2 redactada por la disposición final novena de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014

La cláusula quinta del contrato de referencia establece que las tarifas que se cobrarán a los usuarios se revisarán anualmente conforme a la fórmula que apruebe el Ayuntamiento de Leganés.

A este respecto el Ayuntamiento aprobó en el año 2014 la Ordenanza Fiscal número 13 Reguladora de la Tasa por Prestación de Servicios de Cementerio, Conducción de Cadáveres y Otros Servicios Funerarios de Carácter General.

El hecho imponible de la tasa es la prestación de servicios de cementerio, conducción de cadáveres y otros servicios funerarios, en los términos establecidos en el artículo 5, donde se regulan las tarifas a aplicar. Por su parte, son sujetos pasivos de la tasa las personas físicas y jurídicas, así como las entidades a que se refiere el artículo 35 de la Ley General Tributaria, que soliciten o resulten beneficiados o afectados por los servicios o actividades que constituyen el hecho imponible de la tasa.

El artículo 5º de la citada Ordenanza establece lo siguiente:

“1.- Las tarifas vendrán determinadas por el resultado de multiplicar las unidades de módulo asignadas a cada servicio o actividad que constituye el hecho imponible por el importe en euros asignado a la unidad de módulo.

2.- El importe asignado a la unidad de módulo: 16,80€”

Las unidades de módulo para licencias y autorizaciones de servicios de cementerio de interés para este expediente son las siguientes:

- Autorización por inscripción y ornamentación lápida: 2,59
- Servicios de grabaciones en nicho o panteón: 6,22
- Servicios de imagen ornamentación: 2,79
- Suministros Búcaro Nicho: 5,41

En cuanto a la gestión de las tasas, el artículo 10 señala que *“la gestión y recaudación en periodo voluntario de la tasa corresponderá al concesionario y el importe de la recaudación en periodo voluntario formará parte de los ingresos a percibir por el concesionario, en las condiciones fijadas en el acuerdo por el cual se aprobó la concesión”*.

El canon que la concesionaria debe satisfacer al Ayuntamiento de Leganés es del 6% del importe bruto de las tarifas que perciba por la prestación del servicio.

En lo que se refiere al acceso de terceros al cementerio, el Pliego de Condiciones Económicas, en el apartado 9 “Obligaciones del Contratista” señala como obligación la de *“admitir al servicio del Cementerio a todos los que cumplan los requisitos dispuestos reglamentariamente”*.

A fecha de hoy, no hay un reglamento de servicios de cementerio aprobado.

2. Conflictos de acceso al cementerio en relación con empresas marmolistas integrantes de la asociación ASEMPIMA

Existen en el expediente dos informes elaborados por la Policía Local de Leganés en relación con varios incidentes acaecidos en 2014 y 2015 entre FUNEMADRID y varias empresas marmolistas pertenecientes a la asociación ASEMPIMA.

- Expediente O 003766/2014-0671PL de la Policía Local de Leganés

Consta en el expediente (folio 395), una copia del informe realizado por los agentes de la policía local de Leganés, fechado el 3 de diciembre de 2014 (expediente O 003766/2014-0671PL), en el que literalmente se dice:

“Informe del hecho que se consigna: Que siendo la fecha y hora arriba indicada se recibe aviso de la Emisora informando que en el lugar arriba indicado hay un conflicto entre el responsable del cementerio y 4 empresas de marmolistas. Que personados en el lugar nos entrevistamos con ambas partes. Que el primer afiliado (responsable de la empresa EUROPEA DE FINANZAS) manifiesta que su empresa es la concesionaria de la gestión del cementerio y que no permite que ninguna empresa realice trabajos en el interior del mismo, ya que la empresa que posee la concesión tiene el uso exclusivo de los trabajos que se hacen en el interior, por lo que ninguna empresa exterior puede trabajar dentro del mismo.”

Que entrevistados con el 2º, 3º, 4º y 5º, responsables de las empresas arriba reseñadas, comunican a los agentes actuantes que el primer afiliado no les deja realizar su trabajo, debido a un posible conflicto ajeno a ellos entre la empresa concesionaria y la aseguradora Santa Lucía. Que anteriormente al conflicto mencionado no había ningún problema para trabajar en el interior del recinto, pero que en el día de hoy se le ha impedido entrar en el interior del mismo” (el subrayado es nuestro).

Las empresas a las que se hace referencia en el informe policial son todas asociadas de ASEMPIMA tal como consta en la relación de asociados a la citada asociación contenida en la contestación al requerimiento de información DGEPP de 21 de enero de 2016 (folios 401 y 416).

- Expediente 000267/2015-055IASC de la Policía Local de Leganés

Consta igualmente en el expediente (folio 902), el informe de actuaciones de seguridad ciudadana emitido por la Policía Local de Leganés de fecha 13 de agosto de 2015, y con número de referencia 000267/2015-055IASC, en el que se señala lo siguiente:

“Que (...) consultados los archivos obrantes en Policía Local, se ha podido comprobar que hay constancia de varios informes, realizados por agentes

de este Cuerpo, todos ellos relacionados con conflictos entre los responsables del cementerio, ubicado en la Ciudad del Automóvil (así se le conoce también al Cementerio Municipal), y los profesionales marmolistas que tienen que realizar trabajos en las lápidas de dicho cementerio y a los que se les niega el acceso a realizar estos trabajos.

Que la relación de los citados informes es la siguiente:

- *Día 04/02/2015, informe realizado por los agentes de la Policía Local con números CP 280741179 y CP 280741285, con expediente nº 000371/2015- 0671PL, en relación a un aviso de un trabajador de una empresa de mármoles, al que los responsables del cementerio no le dejaban acceder al recinto para realizar trabajos en una lápida.*
- *Día 25/02/2015, informe realizado por los agentes de la Policía Local con números CP 280741270 y CP 280741296, con expediente nº 000597/2015- 0671PL, en relación a un aviso de varios profesionales marmolistas, a los que el responsable del cementerio no les permite el acceso para realizar trabajos en el mismo que les han sido requeridos por la compañía de seguros Santa Lucía.*
- *Día 09/04/2015, informe realizado por los Agentes de la Policía Local con números CP 280741270 y CP 280741296, con expediente nº 000972/2015- 0671PL, en relación a un aviso en el que varios familiares de personas fallecidas se quejaban, que los responsables del cementerio no permitían el acceso a algunos profesionales marmolistas, requeridos por estas personas, para realizar trabajos en las lápidas de sus familiares difuntos”.*

3. La factura de fecha 14 de abril de 2015 emitida por FUNEMADRID por autorización para la inscripción y ornamentación de lápida

En el año 2015, SEGUROS SANTA LUCÍA encargó a Don Francisco Marchamalo Sánchez, miembro de ASEMPIA, los trabajos de inscripción en nicho y suministro como ornamento de un jarrón y una imagen; todo ello para el enterramiento de D. XXXXX, constando en el expediente la autorización de la hija del difunto para la realización de dichos trabajos en favor del miembro de ASEMPIA (folio 894).

Sin embargo, por parte de FUNEMADRID, se procedió a emitir factura a la interesada por una cantidad muy superior a la autorización y que incluía, como consta en el documento, la realización de los trabajos y el suministro de los elementos ornamentales. Sólo después de su pago podría haber efectuado Don Francisco Marchamalo Sánchez el trabajo encargado.

Ante esta situación, el citado marmolista procedió a efectuar una reclamación ante el Ayuntamiento de Leganés, sin que conste respuesta alguna del Consistorio hasta la fecha.

4. El informe de los servicios técnicos del Ayuntamiento de Leganés

En los folios 753 y siguientes del expediente consta un informe de diciembre de 2014 firmado por la jefa de sección de gestión administrativa y jurídica de patrimonio del Ayuntamiento de Leganés en el que, entre otras cuestiones, se analiza la negativa de FUNEMADRID a dar acceso a las empresas marmolistas de ASEMPIMA al cementerio municipal, concluyéndose lo siguiente:

“Con fecha 10-12-2014, la Asociación de Marmolistas de Madrid, ha presentado una denuncia contra la concesionaria acusándola de no permitirles el acceso para realizar su trabajo desde principio de este mes, cuando lo han hecho habitualmente, previo pago de los precios establecidos. Esto es un nuevo incumplimiento que se une a todos los anteriores, de lo que se avalan con los documentos que se acompañan con este informe” (el subrayado es nuestro).

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. COMPETENCIA PARA RESOLVER

Conforme al artículo 9 de la Ley de 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (BOCM de 29 de diciembre de 2011), desde el 1 de enero de 2012, el ejercicio de las competencias de instrucción en materia de defensa de la competencia en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid corresponde a la consejería competente en materia de comercio interior.

De acuerdo con el Decreto 72/2015, de 7 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de las consejerías de la Comunidad de Madrid, y con el Decreto 193/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se establecía la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, tales funciones son atribuidas a la DGEFP de la citada Consejería. En octubre de 2017¹³ la DGEFP ha pasado a denominarse Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad (DGEEC).

En función de lo dispuesto en las normas citadas, en los artículos 20.2 y 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y en la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002, al tiempo de la instrucción del presente expediente las

¹³ Con fecha 24 de octubre de 2017 se promulgó el Decreto 126/2017, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se modificó el Decreto 193/2015. En virtud del artículo Único tres del citado Decreto de 2017, la DGEFP pasó a denominarse Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad (**DGEEC**).

funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia eran responsabilidad de la citada DGEPPF, posteriormente DGEEC, residiendo las competencias de resolución de estos expedientes en el Consejo de la CNMC.

Por su parte, el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

La Sala de Competencia en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la DGEPPF, que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si la práctica investigada constituye una infracción de las normas de competencia, prohibida por el artículo 2 de la LDC, consistente en un abuso de posición de dominio por parte de FUNEMADRID al denegar, sin justificación alguna, el acceso al cementerio de Leganés a varias empresas marmolistas en los años 2014 y 2015.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, la conducta imputada a FUNEMADRID se ha desarrollado bajo la actual Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

La DGEEC considera que la conducta de FUNEMADRID consistente en denegar injustificadamente el acceso al cementerio municipal de Leganés a los asociados de ASEMPIMA en los años 2014 y 2015, constituye una infracción tipificada en el artículo 2.2.c) de la LDC consistente en un abuso de posición de dominio por la negativa injustificada a satisfacer la prestación de servicios, calificada como de muy grave atendiendo a lo establecido en el artículo 62.4 b) de dicha Ley.

En lo que se refiere a la eventual responsabilidad del Ayuntamiento de Leganés, la DGEEC considera que el Consistorio no es responsable de una infracción de las normas de competencia, toda vez que en este expediente se analiza la denegación de acceso al cementerio municipal cuya explotación corresponde a la empresa concesionaria. Asimismo, el órgano instructor indica que no consta en el expediente que el Ayuntamiento haya impedido la entrada al cementerio a los asociados de ASEMPIMA, ni tampoco que haya tomado medida alguna contra FUNEMADRID por haber permitido en el pasado la entrada al cementerio a los marmolistas de ASEMPIMA.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

1. El abuso de la posición de dominio de FUNEMADRID

El artículo 2 de la LDC prohíbe a las empresas la explotación abusiva de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. Una de las conductas que el artículo considera que puede tener la consideración de abuso de posición de dominio es la consistente en la *“negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.”*

Como ha matizado la jurisprudencia¹⁴, el artículo 2 de la LDC no prohíbe que una empresa pueda tener una posición de dominio en un mercado determinado, lo que prohíbe es que explote de manera abusiva esa posición en detrimento de la escasa competencia que ya pueda existir en ese mercado.

En el ámbito de la Unión Europea, la Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011 (asunto C-52/09 TeliaSonera), ha señalado que:

“En efecto, la explotación abusiva de una posición dominante prohibida por dicha disposición es un concepto objetivo que tiene por objeto los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia ya está debilitada, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 174, y jurisprudencia citada)”.

En atención a ello, a los efectos de acreditar la existencia de un abuso de posición de dominio por parte de FUNEMADRID en el mercado de prestación de servicios de cementerio en el municipio de Leganés, es necesario analizar los elementos esenciales del artículo 2 de la LDC, cuya concurrencia se torna obligatoria para la consideración de la infracción. Estos elementos son la posición de dominio de FUNEMADRID en el mercado de prestación de servicios de cementerio en el municipio de Leganés y la explotación abusiva de esa posición que impide el mantenimiento del grado de competencia existente o su desarrollo, al practicar conductas exclusionarias y discriminatorias, en este caso, en un mercado conexo como es el de confección, instalación, ornamentación y práctica de inscripciones en nichos y lápidas mortuorias, en el que, como veremos también puede ejercer una influencia significativa.

¹⁴ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003 (recurso de casación número 4495/1998).

A. La posición de dominio de FUNEMADRID en el mercado de servicios de cementerio en la localidad de Leganés

El análisis de la posición de dominio de FUNEMADRID en el mercado de servicios de cementerio en la localidad de Leganés debe partir de la idea de que la determinación de la cuota de la empresa en el mercado es un punto de partida que conviene tener presente, aunque por sí misma pueda no ser un elemento suficiente para apreciar la existencia de una posición de dominio, tal como ha señalado en anteriores ocasiones la autoridad de competencia¹⁵ y la jurisprudencia. Por ello, como establece la sentencia *United Brands*¹⁶, profusamente citada en este tipo de análisis, la posición de dominio deberá apreciarse a la luz de varios factores, como pueden ser, por ejemplo, la existencia de barreras de entrada o el poder de mercado, factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes para determinar la posición de dominio de una empresa, pero que ayudan a corroborar la presunción de que una elevada cuota de mercado podría dar lugar a una posición de dominio.

Existen precedentes de la Autoridad de Competencia en los que se ha considerado un mercado municipal de servicios de cementerio diferenciado del servicio prestado en cementerios privados¹⁷. Sin embargo, esta Sala comparte la definición más amplia del mercado realizada por el instructor, que incorpora servicios de titularidad municipal y de titularidad privada principalmente por la sustituibilidad en la demanda que puede existir ante las modificaciones de las condiciones de prestación de los servicios, principalmente en lo que se refiere a los cementerios religiosos que prestan servicios en Leganés. En todo caso, la posición de dominio de FUNEMADRID en el mercado de servicios de cementerio en el municipio de Leganés se confirma a partir de las consideraciones que se realizan a continuación.

Como ya se ha señalado en esta resolución, en Leganés únicamente existe un cementerio municipal, gestionado en exclusiva por FUNEMADRID, cuyas características más relevantes son su carácter de cementerio público accesible a toda persona que así lo solicite y pague las tarifas correspondientes también de carácter público. En el año 2015 se produjeron un total de 214 inhumaciones de cadáveres y 114 inhumaciones de restos o cenizas. Cabe indicar, además, que estas cifras que constan en el folio 483 no presentan grandes variaciones en los últimos años por lo que hay una cierta estabilidad en el volumen de demanda de estos servicios en el cementerio municipal.

¹⁵ Por todas, Resolución del TDC de 19 de abril de 2007 (Expte. R. 657/05 Productos Lácteos).

¹⁶ Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978 (asunto 27/76).

¹⁷ Resolución del TDC de fecha 9 de octubre de 2001 (502/00 Funerarias Madrid 3), confirmada por la SAN de fecha 26 de enero de 2005 (recurso 1060/2001).

Frente al cementerio municipal, en Leganés existen otros dos cementerios privados de carácter religioso.

El cementerio parroquial el Salvador, según ha manifestado la propia parroquia, presenta las siguientes características:

- Desde el año 1998 el cementerio suspendió todo enterramiento temporal, y todas las sepulturas tienen titular-propietario.
- No existen en el cementerio sepulturas de enterramiento temporal, ni nichos para enterramientos, ni columbarios.
- El cementerio no tiene tanatorio ni crematorio.
- No trabaja mármoles ni tiene relación contractual con ninguna empresa de marmolistas.
- En el año 2015 los entierros fueron 220.

Por su parte, el Cementerio de la Asociación de Nuestra Señora de Butarque, según ha manifestado la propia Asociación, presenta las siguientes características:

- Es un cementerio de reducidas dimensiones. No existen nichos ni columbarios.
- Para ser titular de las sepulturas es requisito imprescindible ser Católico, Apostólico y Romano.
- En el año 2015 se produjeron 28 inhumaciones de cadáveres y 2 de cenizas.

A partir de las características descritas para cada uno de los cementerios, resulta evidente que el cementerio municipal, dado su carácter de cementerio público, presenta una oferta de servicios tanto real como potencial mucho más elevada que el resto de cementerios privados, cuyos requisitos de acceso suponen una clara restricción, legítima, al acceso libre de cualquier interesado que desee inhumar restos en los citados cementerios.

En consecuencia, dado el volumen de inhumaciones del cementerio municipal y el libre acceso de los ciudadanos al mismo, frente al menor número de inhumaciones y a las restricciones de acceso a los cementerios privados (como se verá más adelante), cabe concluir que FUNEMADRID, empresa que explota el cementerio público de Leganés, es la empresa líder y con mayor cuota en ese mercado.

Si atendemos al número de inhumaciones declaradas por los cementerios requeridos, en el año 2015 FUNEMADRID habría llevado a cabo el 57% de las inhumaciones en Leganés.

Además de las diferencias de cuota de mercado en términos de inhumaciones que existe entre los cementerios que prestan servicios en Leganés, hay que añadir otras consideraciones adicionales que permiten deducir un poder de mercado o una autonomía en su comportamiento de FUNEMADRID en el mercado relevante.

La posición de dominio de una empresa en un determinado mercado le permite desarrollar una política comercial de manera independiente sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes¹⁸. Existen precedentes en los que el TDC ha analizado el poder de mercado de una empresa a partir de un análisis comparativo de la posición en el mismo de las empresas competidoras. En la resolución R 313/98 WILKINSON/GILLETE¹⁹, el TDC llegó a la conclusión de que, pese a que la empresa analizada ostentaba una elevada cuota de mercado, la existencia en el mercado de fuertes empresas instaladas, con importantes recursos y similar potencial económico a la empresa dominante, hacía discutible afirmar que en el mercado de referencia la empresa analizada pudiera desarrollar una política comercial independiente.

En este caso, el análisis comparativo entre competidores arroja conclusiones distintas.

En primer lugar, se observa un elemento diferenciador muy concluyente como es la titularidad de los distintos cementerios gestionados en Leganés. Por un lado, nos encontramos ante un cementerio municipal, titularidad del Ayuntamiento y gestionado por FUNEMADRID, cuya característica más significativa es el libre acceso al mismo a todo ciudadano que quiera enterrarse allí previo pago de las tarifas aprobadas por el Ayuntamiento. Este carácter público otorga al gestor del cementerio una potencial clientela mucho mayor que la del resto de cementerios de Leganés, cuyos requisitos de acceso son más restringidos. El Cementerio de la Asociación de Nuestra Señora de Butarque exige, por ejemplo, ser católico, apostólico y romano, y en el Cementerio parroquial el Salvador todas las sepulturas tienen titular-propietario.

Por otro lado, a diferencia de FUNEMADRID ninguno de los dos cementerios privados presta directamente servicios relacionados tales como inhumaciones de cenizas, servicios de tanatorio y crematorio, ni participan, directa o indirectamente, en el mercado de arte funerario. La integración en su oferta, por parte de FUNEMADRID, de otros servicios que no ofrecen el resto de

¹⁸ Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978 (asunto 27/76 United Brands).

¹⁹ En el mismo sentido, Resoluciones del TDC de 16 de enero de 1998 (r 190/96 Distribución Explosivos) ; 22 de septiembre de 2003 (r 547/02 Cofares/Organon).

cementerios privados en Leganés le otorga una clara posición privilegiada y de negocio frente a las entidades religiosas que gestionan el resto de cementerios y que, como hemos señalado, actúan sin ánimo de lucro.

La propia FUNEMADRID ha señalado que encargar los trabajos en exclusiva a una sola empresa *“responde al interés de parte del concesionario de llevar una mejor gestión del servicio y unificación de tarifas, y todo ello con el ánimo de prestar el mejor servicio al ciudadano y de facilitarles la contratación de los servicios que nos solicitan”*.

El carácter público, la mayor oferta de servicios funerarios y la ausencia de restricciones son elementos que permiten concluir que el cementerio municipal es una opción más asequible para la ciudadanía que el cementerio privado, por lo que el cementerio municipal se asegura una cuota estable y, en todo caso, ascendente del número de inhumaciones al año. Prueba de ello, es que en los últimos 10 años se ha mantenido relativamente estable el número de inhumaciones en el cementerio de Leganés. En cambio, la demanda en los cementerios privados puede sufrir ciertas fluctuaciones, generalmente a la baja, motivadas por cambio de las condiciones de acceso, el aumento del precio o la falta de espacio, tal como ha llegado a manifestar la Parroquia el Salvador.

Desde el punto de vista del modelo empresarial, nos encontramos ante cementerios gestionados por entidades claramente diferenciadas en lo que se refiere a la estructura jurídica y de negocio, finalidad y potencial económico. Así, frente a la gestión de dos cementerios locales, uno de ellos ciertamente reducido, por parte de dos parroquias locales sin ánimo de lucro que han manifestado dificultades económicas para el mantenimiento de los cementerios, nos encontramos ante una empresa especializada en la prestación de servicios funerarios –en 2017 gestionaba 10 cementerios municipales en la Comunidad de Madrid– que forma parte de un grupo de grandes dimensiones como es FUNESPAÑA, multinacional que presta servicio directamente, a través de sus centros propios y oficinas en 21 provincias, donde cuenta con 140 tanatorios, 17 crematorios y 28 cementerios²⁰.

La entrada de empresas competidoras es, por otro lado, poco probable en un mercado con las elevadas barreras de entrada que presenta la prestación de servicios de cementerio, lo que permite la estabilidad de la posición de FUNEMADRID en el mismo.

No constan en el expediente datos actuales sobre el porcentaje de cementerios públicos y privados en España, pero sí se hace referencia al informe de octubre de 2004 del Tribunal de Defensa de la Competencia en la concentración C85/04, en el que se pone de manifiesto que en aquel año el 85% de los cementerios eran de titularidad pública y el 14% eclesiástica, siendo el 1% restante de titularidad privada. Ello muestra un claro dominio de los cementerios municipales

²⁰ <http://www.funespana.es/quienes.asp>

frente al resto, propiciado, seguramente, por los desincentivos que provocan las barreras para introducirse en este mercado.

En el concreto mercado afectado, el acceso a la prestación de servicios de cementerio municipal en la localidad de Leganés no es posible en la actualidad, toda vez que en el citado municipio únicamente existe un cementerio municipal cuya concesión corresponde hasta el año 2045 a la empresa FUNEMADRID. Por tanto, la única alternativa para competir en el mercado local es la de operar a través de cementerio privado, cuyas barreras normativas, técnicas y económicas también suponen un claro desincentivo para las empresas.

La intervención regulatoria de las administraciones públicas competentes constituye una de las más importantes barreras de entrada. El papel regulador de las corporaciones locales en materia de ordenamiento urbanístico puede resultar determinante en lo que respecta a la localización y construcción de instalaciones como cementerios o tanatorios, reforzando con ello el poder de mercado de las empresas que ya disponen de instalaciones propias. El ordenamiento jurídico también establece la exigencia de autorización para poder operar, con exigentes requisitos legales; en concreto, el artículo 34 del Decreto 124/1997, que aprueba el Reglamento de Sanidad Mortuoria de la Comunidad de Madrid, establece que todo cementerio deberá constar necesariamente con las siguientes instalaciones:

- a) Número de sepulturas o unidades de enterramiento vacías adecuado al censo de la población de referencia del cementerio, o por lo menos terreno suficiente para su construcción, dentro de los veinticinco años siguientes.
- b) Abastecimiento de agua potable y servicios sanitarios adecuados, para el personal y los visitantes.
- c) Osario general destinado a recoger los restos cadavéricos provenientes de las exhumaciones.
- d) Servicio de control de plagas contratado con empresa autorizada cuando dicho servicio no esté integrado dentro de la propia empresa responsable de la gestión del cementerio.

A estas barreras legales, técnicas y económicas, debemos añadir otra barrera de carácter estratégico para las empresas como es la existencia de una oferta de cementerios en Leganés suficiente que puede suponer para cualquier empresa que desee introducirse en este mercado un claro desincentivo en términos de oportunidad de negocio. En particular, si tenemos en cuenta que cualquier competidor que desee instalarse en Leganés deberá competir frente a un cementerio municipal, lo que puede suponer un claro desincentivo desde el punto de vista empresarial, entre otros motivos, por la necesidad de amortizar una inversión ciertamente importante.

Este tipo de barreras de entrada a mercados de servicios funerarios han sido valoradas por la jurisprudencia como determinantes a la hora de analizar la posición de dominio. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016 (recurso de casación 731/2014), en relación con un abuso de posición de dominio en el mercado de prestación de servicios de tanatorio, ha señalado lo siguiente: *“Tal como señalábamos más arriba, una vez establecido que el mercado relevante era local, es claro que la mercantil denunciada ocupaba una posición de dominio por las razones expresadas en el fundamento transcrito, las cuales asumimos. Así, las circunstancias de ser la empresa demandada la única que prestaba servicios de velatorio en Valencia de Alcántara, el no ser sustituible dicho servicio en términos de demanda y ser ésta prácticamente inelástica, además de las razones que menciona la Sala en cuanto a las barreras para la implantación de nuevas empresas (servicio sometido a autorización administrativa, costes de instalación, circunstancias locales) son factores que acreditan suficientemente la referida posición de dominio de la mercantil Tanatorio Sierra de San Pedro, S.L.”*(el subrayado es nuestro).

Esta Sala considera que todos estos factores, valorados conjuntamente, permiten considerar que FUNEMADRID ostenta una posición de dominio en el mercado de servicios de cementerio en la localidad de Leganés.

En consecuencia, se desestiman las alegaciones de FUNEMADRID en las que considera “dudosa” la posición de dominio de la citada empresa en el mercado de referencia por considerar que existe otro cementerio que presta servicios en Leganés.

B. La influencia de FUNEMADRID en el mercado de arte funerario en la localidad de Leganés

FUNEMADRID considera que no es posible imputarle un abuso exclusionario porque no es competidor en el mercado conexo de arte funerario. Esta Sala, sin embargo, no comparte las conclusiones de la citada empresa.

FUNEMADRID se dedica íntegramente al negocio de servicios funerarios y ofrece una oferta completa de servicios relacionados tales como crematorio, tanatorio, inhumaciones de cenizas etc. Por tanto, tiene presencia activa y muy destacada en los distintos mercados conexos al mercado de servicios de cementerio.

En relación con los servicios de arte funerario, si bien no consta que la citada empresa participe de manera directa en el citado mercado, del análisis de la actuación de FUNEMADRID en los hechos objeto de la presente resolución y, especialmente, del análisis de sus propias manifestaciones realizadas a lo largo del procedimiento, se desprende una capacidad real para incidir, a través de acuerdos con terceras empresas, en el mercado y alterar la competencia en el mismo. En este sentido, la empresa ha llegado a manifestar lo siguiente:

“De lo anterior debe concluirse que el trabajo de GRABACIONES, como ha quedado demostrado, es objeto de la Concesión del Servicio Municipal de Cementerio de Leganés, y por tanto mi representada NO sólo se está extralimitando en ningún momento, ni presta una actividad que no le corresponda, sino que como concesionaria de este servicio público está obligada a prestarlo...”

En el mismo sentido:

“Y en concreto, se está generalmente encargando estos trabajos de grabación de lápidas a “MÁRMOLES HERMANOS RUIZ” si bien es cierto que no ha sido por otra cuestión que la que responde el interés de parte del concesionario de llevar una mejor gestión del servicio y unificación de tarifas, y todo ello con el ánimo de prestar el mejor servicio al ciudadano y de facilitarles la contratación de los servicios que nos solicitan.

Manifiestar que por otro lado se podría haber formado a personal contratado en plantilla para realizar dicha actividad” (folio 687).

El tenor literal de sus propias manifestaciones induce a pensar que FUNEMADRID se considera la empresa que debe prestar, en exclusiva, los servicios de arte funerario en el cementerio que gestiona como parte de sus obligaciones como concesionaria. Ha señalado que su intención, al menos de momento, es no realizar los trabajos de manera directa, sino a través de empresa interpuesta que sí opera en el sector. Pero en todo caso, como ha manifestado la propia empresa, introducirse en el mercado de arte funerario le sería relativamente sencillo ya que bastaría, según ella, con formar a su personal para realizar dicha actividad de grabación y ornamentación, lo que la convierte en una empresa con capacidad para competir de manera inminente en el mercado conexo.

El Reglamento de la Comisión Europea 330/2010²¹ considera que una empresa es competidora cuando está activa en el mercado (competidor real) o cuando sin estar activa en el mercado tenga la capacidad suficiente para introducirse en el mismo en un breve periodo de tiempo (competidor potencial).

“«Empresa competidora», un competidor real o potencial; «competidor real», una empresa activa en el mismo mercado de referencia; «competidor potencial», una empresa que, en ausencia de un acuerdo vertical, podría emprender, por razones realistas y no según una posibilidad meramente teórica, las inversiones adicionales necesarias o sufragar otros costes de transformación necesarios

²¹ REGLAMENTO (UE) No 330/2010 DE LA COMISIÓN de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

para penetrar en el mercado de referencia en un breve periodo de tiempo en caso de aumento ligero, aunque constante, de los precios relativos”.

Lo anterior permite a esta Sala considerar a FUNEMADRID como una empresa con capacidad para ejercer una influencia significativa en el mercado conexo de arte funerario y, además, calificarla como empresa competidora, al menos potencial, en ese mismo mercado.

Esta consideración resulta relevante, toda vez que, si bien es cierto que la doctrina de los mercados conexos no requiere dominancia en los dos mercados conexos sino tan sólo en aquél desde el cual se puede ejercer la influencia pudiendo expulsar a los competidores –en este caso el mercado de servicios de cementerio–, resulta evidente que, dada su posición y sus intenciones, ostentar una posición de dominio en el mercado de servicios de cementerios y denegar la entrada al cementerio municipal a las empresas marmolistas podría otorgar a FUNEMADRID el control de ambos mercados y una capacidad real e inminente de ostentar en ambos una posición de dominio por medios ilícitos.

C. Análisis del abuso de la posición de dominio

La denuncia que ha originado la incoación del presente expediente relata un comportamiento por parte de FUNEMADRID, confirmado posteriormente por el instructor del procedimiento, consistente en haber denegado en varias ocasiones la entrada al cementerio municipal de Leganés a empresas asociadas a ASEMPIA para la prestación de servicios de arte funerario en lápidas, por lo que estas empresas se han visto imposibilitadas para prestar los servicios contratados por sus clientes.

Se hace necesario, por tanto, analizar si estamos ante un supuesto de abuso de la posición de dominio de FUNEMADRID en el mercado de servicios de cementerio con el objeto de impedir o restringir la competencia en un mercado conexo como es el de confección, instalación, ornamentación y práctica de inscripciones en nichos y lápidas mortuorias.

Como explica la propuesta de resolución, que se remite a las propias explicaciones dadas por ASEMPIA en su denuncia, la prestación de los servicios de arte funerario sigue, con carácter general, el siguiente proceso:

1. Las empresas marmolistas reciben sus encargos profesionales relacionados con el cementerio municipal de Leganés a través de dos vías principales:
 - Encargos particulares: son los encargos que provienen directamente de los familiares de las personas fallecidas que están o van a ser enterrados en el cementerio municipal.

- Encargos de empresas aseguradoras: la mayor parte de los trabajos relacionados con el cementerio municipal de Leganés se reciben por los integrantes de ASEMPIMA mediante el encargo efectuado por empresas aseguradoras de decesos.
2. Una vez que los profesionales de la piedra y el mármol reciben el encargo para prestar el servicio en el cementerio municipal de Leganés, se dirigen a la empresa concesionaria para obtener la correspondiente autorización para su intervención profesional, abonando la correspondiente tasa conforme a la Ordenanza reguladora de la tasa por servicios de cementerio.
 3. Una vez efectuado el trabajo, el marmolista emite factura a la persona o entidad que le ha encargado el servicio, integrando en la misma como suplido el importe pagado por la autorización a FUNEMADRID.

Es necesario, por tanto, el acceso al cementerio municipal para la prestación efectiva del servicio en ese cementerio, cuya gestión corresponde a FUNEMADRID.

En este contexto, consta acreditado que durante los años 2014 y 2015 FUNEMADRID ha denegado en varias ocasiones la autorización y, por tanto, el acceso a varias empresas. Los informes policiales ya relacionados en esta resolución dan fe de esta negativa de acceso y, por tanto, son prueba de que, al menos, en esas ocasiones FUNEMADRID denegó el acceso al cementerio a empresas de la citada asociación. Además del impedimento físico para el acceso al cementerio, constan acreditadas otras prácticas que persiguen ese mismo objetivo, como son la de exigir a los particulares el previo pago, no sólo de la autorización por inscripción y ornamentación de lápida, sino también de los propios servicios de arte funerario que en teoría deben ser satisfechos directamente al marmolista por la persona interesada.

El artículo 2 de la LDC, entre las causas que merecen la calificación de un comportamiento abusivo incluye la de la *“negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios”*.

Por su parte, la Comunicación de la Comisión Europea 2009/C45/02 relativa a las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, considera que el control de este tipo de prácticas de denegación de suministro deberán ser prioritarias siempre que concurren las siguientes circunstancias: i) que la denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente, ii) que sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente y que iii) sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores.

También señala la citada comunicación que cuando la posición de la empresa dominante en el mercado ascendente se ha desarrollado al amparo de derechos especiales o exclusivos o ha sido financiada mediante recursos estatales, en estos casos concretos no hay ninguna razón para que la Comisión se desvíe de su norma general de control y muestre el probable cierre anticompetitivo del mercado sin examinar si concurren las tres circunstancias acumulativas contempladas en el apartado 81.

En el supuesto aquí analizado, la denegación del acceso al cementerio municipal de Leganés impide a los asociados de ASEMPIMA acometer los encargos de particulares o compañías aseguradoras que pretendan realizar cualquier tipo de enterramiento en el citado cementerio, donde ha de prestarse el servicio forzosamente, por lo que el acceso a la instalación se convierte en objetivamente necesario para que las empresas de ASEMPIMA puedan prestar sus servicios. No existe alternativa de sustitución por otro insumo que les permita prestar ese servicio demandado en el citado cementerio.

Cabe destacar que las empresas a las que se ha denegado el acceso en el año 2014 y 2015 no han tenido problemas en años anteriores para acceder al cementerio municipal y no existe una causa objetiva que justifique que a partir de finales de 2014 se les deniegue el acceso.

En este sentido, FUNEMADRID ha señalado a lo largo de la instrucción que el motivo por el que denegó el acceso a las citadas empresas es la decisión, a partir de noviembre de 2014, de contratar ella misma directamente a los marmolistas, siendo la empresa MÁRMOLES HERMANOS RUIZ, la que generalmente contrata (folios 686 y 687). Sin embargo, también ha manifestado que en los años 2014 y 2015 ha permitido el acceso al cementerio a otras empresas para la prestación de los citados servicios, ninguna de ellas miembros de ASEMPIMA (folios 389 y 390).

La justificación de esta decisión por parte de FUNEMADRID reside en que, según señala en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, el Pliego que rige la concesión y la ordenanza fiscal número 13 exige que sea la empresa concesionaria la que deba llevar a cabo estas actividades de grabación y ornamentación dentro del cementerio. En palabras de la propia empresa: *“está obligada a prestar los servicios encomendados, incluido el de grabación e inscripción de lápidas, puesto que de lo contrario estaría incumpliendo en contrato de concesión, el PCEA y la Ordenanza Fiscal nº13”* (folio 1177).

Sin embargo, esta Sala debe desestimar las citadas consideraciones, toda vez que hasta el año 2014 los servicios de grabaciones habían venido prestándose tanto por el concesionario como por empresas distintas (que incluso, como indica FUNEMADRID cubrieron hasta un 40% del servicio en el año 2007 –folio provisional 694-) por lo que durante un largo período de tiempo este funcionamiento del mercado resultó compatible con la consideración de que ni el contrato de concesión, ni el pliego que regula la concesión, ni la ordenanza fiscal

citada otorgaban a la concesionaria la exclusividad de los servicios de grabación y ornamentación. La Ordenanza Fiscal número 13 del Municipio de Leganés dispone que será FUNEMADRID quien deba, en su condición de concesionaria del cementerio, cobrar la tasa por autorización para los servicios de arte funerario. Pero una cosa es la gestión de la tasa por autorización, que realiza la concesionaria en sustitución del Ayuntamiento, y otra bien distinta en la prestación de los servicios de arte funerario por la que se devenga la tasa. Estos servicios funerarios, como ya se ha señalado, no han estado atribuidos en exclusiva a FUNEMADRID.

Esta conclusión, además, queda corroborada por los servicios jurídicos del Ayuntamiento de Leganés al manifestar, en el informe que consta en los folios 866 a 876, que la negativa de acceso al cementerio de FUNEMADRID a las empresas de ASEMPIMA supone un incumplimiento de la concesión, lo que demuestra que estos servicios no están asignados en exclusiva a la concesionaria y que ésta debe permitir el acceso al cementerio a toda empresa que lo solicite y pague las tasas correspondientes a la autorización, máxime tratándose de un instalación de carácter público como es el cementerio municipal de Leganés.

Por tanto, el distinto trato recibido ante situaciones iguales por unas empresas frente a otras a las que sí se les permite el acceso supone un trato discriminatorio por parte de FUNEMADRID que no está justificado objetivamente y que debilita la competencia en el mercado de arte funerario en Leganés.

El objetivo de FUNEMADRID, además, va más allá de un trato discriminatorio dirigido solo a las empresas de ASEMPIMA, si tenemos en cuenta que la propia concesionaria ha venido repitiendo a lo largo del procedimiento su intención de contratar directamente todos los servicios de arte funerario que se realicen en el cementerio a través de su empresa de confianza, lo que muestra una clara predisposición a limitar de manera significativa la competencia en el mercado de arte funerario en Leganés, ya no solo excluyendo del mismo a las empresas de ASEMPIMA sino a cualquier empresa marmolista que no sea MÁRMOLES HERMANOS RUIZ.

A estos efectos, conviene precisar que la Comunicación 2009/C45/02 no exige para apreciar el abuso la eliminación absoluta de la competencia en el mercado, sino que basta que esta se vea obstaculizada al cerrarse una parte significativa del mismo y ello comporte el riesgo de eliminar toda la competencia en el futuro. Esta consideración resulta consonante con la jurisprudencia de la Unión Europea que viene considerando que una decisión de sancionar por el artículo 82 del TFUE puede basarse en la probabilidad de que en un futuro la conducta elimine toda competencia en el mercado, no siendo necesario que el efecto se produzca de manera inminente o ya se haya producido en el momento de la decisión. La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007, en el asunto T-201/04, así lo indica al señalar que:

“Si bien es verdad que en la fecha de adopción de la Decisión impugnada dichos competidores aún estaban presentes en el mercado, no lo es menos que su cuota de mercado ha disminuido de forma apreciable en paralelo con el rápido aumento de la cuota de Microsoft, y ello a pesar de que algunos de ellos, y en especial Novell, disponían de un adelanto tecnológico considerable respecto a Microsoft. El hecho de que la supresión de la competencia sea progresiva, y no inmediata, no contradice en absoluto la tesis de la Comisión según la cual la información controvertida es indispensable. El hecho de que la supresión de la competencia sea progresiva, y no inmediata, no contradice en absoluto la tesis de la Comisión según la cual la información controvertida es indispensable.”

Procede añadir que no es necesario demostrar la eliminación de toda competencia en el mercado. Lo relevante, en efecto, para acreditar una infracción del artículo 82CE es que la negativa controvertida comporte el riesgo o pueda surtir el efecto de eliminar toda competencia efectiva en el mercado. A este respecto, hay que puntualizar que el hecho de que los competidores de la empresa en posición dominante permanezcan de forma marginal en algunos «nichos» del mercado no puede bastar para apreciar que existe tal competencia”.

Los efectos de estas prácticas ya emergen en la actualidad, si tenemos en cuenta que SEGUROS SANTA LUCÍA ha dejado de contratar los servicios de los asociados de ASEMPIMA, desviando todos los encargos a MÁRMOLES HERMANOS RUIZ (folio 417). Asimismo, tal como muestra la evolución de los datos contenidos en los folios 389 a 391, en el año 2015 se ha producido una reducción significativa de los servicios de arte funerario prestados por terceras empresas en el cementerio de Leganés, y un aumento inusual y muy considerable de los servicios contratados a FUNEMADRID en relación con los años anteriores que corrobora la afirmación de la concesionaria de reservar el acceso en exclusiva a una sola empresa por ella designada. Esta dinámica desembocará en un espacio breve de tiempo en el cierre del cementerio municipal a todas las empresas marmolistas, reservándose la exclusiva de acceso y de prestación de los servicios FUNEMADRID a través de la empresa MÁRMOLES HERMANOS RUIZ. Con estas medidas, además, es razonable considerar que FUNEMADRID afianzará su poder de mercado en relación con los servicios funerarios, ya que podrá disponer, en exclusiva, de prácticamente toda la oferta de servicios asociados a la inhumación de cuerpos en el cementerio municipal en una única oferta (crematorio, tanatorio, grabación etc.).

Por otro lado, dadas las características de los cementerios privados existentes hoy en Leganés y la limitación y restricciones que ofrecen, tal como han señalado las propias parroquias, es presumible que el cierre del cementerio municipal acabe suponiendo a medio plazo la eliminación completa de la competencia en el mercado de arte funerario en el municipio de Leganés.

Los efectos de este tipo de prácticas, además, se acaban trasladando forzosamente a los usuarios de este tipo de servicios, toda vez que una reducción o eliminación de la presión competitiva, como se observa en este caso,

repercute necesariamente en el precio, la oferta y la calidad de los servicios. Todo ello, además, se produce en situaciones y ambientes de gran complejidad como es el hecho de enterrar a un ser querido, siendo en estas circunstancias la capacidad de negociación ciertamente limitada o nula, principalmente, por la situación y circunstancias personales de los usuarios que contratan estos servicios, por el escaso margen temporal del que gozan para acometer cualquier tipo de negociación y por la insuficiente información que reciben los usuarios en tales circunstancias.

Un ejemplo de estos perjuicios directos a los usuarios lo encontramos en el propio expediente, donde se observa que ante la negativa de acceso a las empresas marmolistas de ASEMPIMA al cementerio de Leganés, fueron los propios familiares de las personas fallecidas, y no las empresas marmolistas, las que avisaron a la policía local del municipio (folio 395).

Por todo ello, esta Sala considera que FUNEMADRID ha abusado de su posición de dominio en el mercado de servicios de cementerio en la localidad de Leganés, al denegar de manera injustificada el acceso al cementerio municipal a empresas prestadoras de los servicios de arte funerario.

2. Duración

Respecto de la duración de la infracción, a efectos de determinar una fecha para fijar el comienzo de la misma, la Sala toma en consideración el informe de la policía local de Leganés de fecha 3 de diciembre de 2014, en el que consta acreditada la primera denegación de acceso por parte de FUNEMADRID a las empresas de la Asociación ASEMPIMA (folio 395).

Con posterioridad a la citada fecha constan acreditadas otras denegaciones de acceso durante el año 2015, además del incidente relativo al cobro de factura por importe muy superior a la autorización acaecido en abril del año 2015.

FUNEMADRID no ha manifestado su intención de poner fin a estas prácticas, si tenemos en cuenta que durante el procedimiento ha venido señalando en repetidas ocasiones que se considera la empresa que debe realizar los trabajos de arte funerario en el cementerio municipal y, en consecuencia, su intención es otorgar el acceso al mismo en exclusiva a su empresa de confianza. Y ello, pese a que conoce los informes internos del ayuntamiento de Leganés en los que se indica que la denegación de acceso a los marmolistas al cementerio municipal supone un incumplimiento de la concesión.

Sin embargo, y pese a que deberá estarse vigilante del cumplimiento de las obligaciones dimanantes de esta resolución, esta Sala considera que hay que fijar una fecha de finalización de la conducta que coincidiría con el día 8 de septiembre de 2016, fecha de la incoación del expediente sancionador, por no constar acreditadas otras denegaciones de acceso a partir de la citada fecha.

3. Responsabilidad y culpabilidad

En las alegaciones que FUNEMADRID ha presentando a lo largo del procedimiento, ha venido reiterando que la falta de un reglamento que desarrolle la concesión para la prestación de servicios de cementerio debe ser un elemento que, como mínimo, atenúe su responsabilidad y culpabilidad en las conductas aquí sancionadas, derivando parte de esa responsabilidad al Ayuntamiento de Leganés por no haber adoptado iniciativas para la elaboración y aprobación del citado reglamento.

Esta Sala considera que la interpretación que hace FUNEMADRID sobre la exclusividad de los servicios a prestar en el cementerio que gestiona persigue una clara intención de limitar la competencia en el mercado de arte funerario en Leganés, sin que dicha actuación pueda achacarse al Contrato de Concesión. Como ya se ha señalado en esta Resolución, ni el Contrato ni el Pliego de Condiciones Económicas otorgan exclusividad a FUNEMADRID para la prestación de servicios de arte funerario, ni la actuación de FUNEMADRID con anterioridad al año 2014, en el que sí permitía el acceso, así parece indicarlo.

En consecuencia, esta Sala considera que FUNEMADRID, al ser la empresa concesionaria del cementerio municipal de Leganés y haber realizado directamente las prácticas anticompetitivas aquí sancionadas, debe ser considerada la única responsable de la infracción.

La falta de aprobación de un reglamento referido en el apartado 4.5 del Contrato de Concesión no altera la anterior conclusión y no constituye circunstancia alguna que altere la responsabilidad del concesionario. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar la conveniencia de que este sea elaborado para favorecer la seguridad jurídica en el ejercicio de la concesión y, en particular, en lo que se refiere a la prestación de servicios dentro del cementerio o que requieren el acceso al mismo²².

Por otro lado, habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC, y determinado el responsable de las mismas, 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.

Este principio de culpabilidad es uno de los principios que, inspiradores del orden penal, es aplicable –con ciertos matices– al derecho administrativo sancionador, en cuanto ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. Ello

²² Existen multitud de ejemplos de municipios que disponen de reglamentos aprobados que desarrollan la concesión de este tipo de servicios, por lo que resulta una práctica habitual en nuestro país.

supone la exclusión de la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción²³.

Así se reconoció con carácter general en el derogado artículo 130.1 de la LRJPAC, al establecer que “sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia”.

La vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, recoge el mismo principio, aunque con diferente redacción, al disponer en su artículo 28.1:

“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”.

En este expediente el análisis de culpabilidad del sujeto infractor exige, además, tener en cuenta la posición de FUNEMADRID en el mercado, toda vez que una jurisprudencia ya plenamente asentada considera la necesidad de exigir una responsabilidad especial a aquellas empresas que ostentan una posición dominante en los mercados. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 9 de noviembre de 1983 (asunto C-322/81), en la que indica que “la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan sólo que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común”. En España, el Tribunal Supremo²⁴ también se ha pronunciado a favor de este mayor grado de responsabilidad exigible a las empresas en posición de dominio, al señalar que “sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores, en particular”.

Adicionalmente, no debe olvidarse que a FUNEMADRID, como gestor de un cementerio público, también debe exigírsele un plus de responsabilidad en lo que se refiere al cumplimiento de los principios de igualdad de trato y libre acceso a las instalaciones públicas para la prestación de aquellos servicios que no están atribuidos en exclusiva a la concesionaria, como es el caso de los servicios de arte funerario que, además, no están sujetos a intervención pública ya que son

²³ STS de 8 abril de 1981 y STC 76/1990, de 26 de abril.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de noviembre de 2009 (recurso 1246/2006).

de libre prestación. El concesionario, en la gestión del servicio público actúa en sustitución de la Administración pública que le encarga la prestación del servicio público por lo que no puede obviar en su gestión los principios que deben inspirar la actuación de la Administración en beneficio del interés público. Esta mayor exigencia se observa, por ejemplo, en la Comunicación de la Comisión Europa 2009/C45/02, ya que para los abusos de posición de dominio desarrollados al amparo de derechos exclusivos o especiales no exige un análisis tan exhaustivo como el previsto para el resto de supuestos en los que puede haber abuso de posición de dominio.

Partiendo de las consideraciones anteriores, una primera cuestión que permite apreciar a esta Sala una conducta dolosa por parte de FUNEMADRID es la de su posición en los mercados analizados y, en particular, en el mercado de servicios de cementerio. Como ya se ha señalado en esta resolución, FUNEMADRID es una empresa que se dedica plenamente a prestar servicios funerarios y pertenece a un grupo de grandes dimensiones que a fecha de 31 de diciembre de 2015 contaba con 142 tanatorios, 25 crematorios y 41 cementerios en España, pudiendo realizar prestaciones funerarias en cualquier parte de España y del mundo²⁵. Esta posición en los mercados de servicios funerarios permite considerar que la citada entidad debía ser plenamente conocedora de que con su actuación se estaba llevando a cabo una práctica contraria a las normas de competencia.

Cabe añadir, además, que nos encontramos ante unos mercados que suelen generar cierta conflictividad y que requieren, a menudo, la actuación de las autoridades de competencia, por lo que FUNEMADRID, dada su posición en los mercados de servicios funerarios debe ser plenamente conocedora de que este tipo de actuaciones suelen generar distorsiones en los mercados que, en muchas ocasiones, son sancionadas.

FUNEMADRID ha alegado que su decisión de denegar acceso no se debe a una intención de cierre de mercado, sino más bien a un correcto cumplimiento de las obligaciones como concesionaria del cementerio municipal. Asimismo, justifica parte de sus decisiones en la falta de un reglamento de desarrollo elaborado por el Ayuntamiento. Sin embargo, además de lo que ya se ha señalado en este apartado sobre la responsabilidad de FUNEMADRID, estos argumentos no se compadecen con el hecho de que la negativa de acceso al cementerio se haya producido, de manera abrupta y sin justificación objetiva, a partir de diciembre de 2014, cuando la concesión para la gestión del cementerio tiene su origen en el año 1996. No consta acreditado que durante estos años haya habido conflictividad destacable en relación con el acceso al cementerio a marmolistas, por lo que cuando tras muchos años de prestación del servicio de cementerio la empresa, sin justificación objetiva, decide adoptar decisiones unilaterales que perjudican al mercado, únicamente se puede deber a una estrategia que

²⁵ <http://www.funespana.es/grupo.asp>

esconde una clara intención anticompetitiva de impedir, con su poder de mercado, a las empresa marmolistas poder prestar libremente los servicios que les encargan.

Es de destacar, igualmente, que FUNEMADRID es conocedora de los informes internos del Ayuntamiento de Leganés en los que se señala que la denegación de acceso al cementerio supone un incumplimiento de la concesión y, pese a ello, mantiene su intención manifiesta de seguir denegando el acceso al cementerio.

En atención a ello, esta Sala considera que FUNEMADRID era plenamente consciente de que con su actuación se estaba alterando la competencia en el mercado de arte funerario en la localidad de Leganés y concurre, por tanto, el elemento de culpabilidad de la empresa en la comisión de la infracción.

QUINTO. OTRAS ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN Y CUESTIONES PLANTEADAS EN FASE DE RESOLUCIÓN

1. Solicitud de prueba

FUNEMADRID ha propuesto prueba consistente en solicitar al Ayuntamiento de Leganés la presentación de *“alegaciones respecto de la aprobación del Reglamento de Régimen Interior, así como sobre la modificación de la Ordenanza Fiscal número 13, aclarando de este modo el protocolo de actuación de la concesionaria respecto de las empresas y profesionales del sector marmolista que soliciten prestar servicios en el Cementerio Municipal de Leganés”*.

En respuesta a ello, cabe señalar que el artículo 51.1 de la LDC dispone que el Consejo de la CNMC podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Competencia en la fase de instrucción y la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio.

Dicha Ley regula la práctica de pruebas como una actuación potestativa del Consejo, que las acordará en la medida en que las considere necesarias para aclarar cuestiones que no constan en la instrucción, y que son precisas para la formación de su juicio antes de resolver.

Además, en materia probatoria, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, es criterio del Consejo considerar que sólo son admisibles como prueba de descargo aquéllas que tienen potencial influencia decisiva en términos de defensa, lo cual debe ser debidamente motivado por el interesado (SSTC 25/1991, 205/1991, 1/1996, 217/1998 y 101/1999).

La información que pretende FUNEMADRID no aportaría, a juicio de esta Sala, valor añadido respecto de la información que ya obra en el expediente y en función de la cual debe analizarse la concurrencia o no de la infracción que propone el órgano instructor. En la actualidad no hay constancia de que exista un reglamento de desarrollo de la concesión y las manifestaciones que pueda hacer el Ayuntamiento al respecto no deben alterar en modo alguno los hechos descritos en la presente resolución que, como se ha señalado, tienen un claro carácter infractor, entre otros motivos, porque la justificación presentada por FUNEMADRID no encuentra sustento alguno ni en la Concesión ni en la Ordenanza Fiscal de referencia.

No procede, en consecuencia, admitir la práctica de la prueba propuesta por FUNEMADRID.

2. Solicitud de confidencialidad

FUNEMADRID ha solicitado la confidencialidad de la información sobre el volumen de negocios intragrupo y del mercado afectado correspondiente al año 2017. Para ello, ha presentado una versión censurada de la respuesta al requerimiento de la citada información.

Esta Sala acepta la solicitud de confidencialidad y, en consecuencia, acuerda declarar confidencial los folios 1337 a 1338 del expediente.

SEXTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

El artículo 63.1 de la LDC dispone que la autoridad de competencia puede sancionar con multa a las personas y entidades que, deliberadamente o por negligencia, realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la propia Ley.

De conformidad con lo establecido en el artículo 62.4 b) de la LDC, la conducta aquí analizada debe ser calificada como muy grave.

Conforme a lo estipulado en el artículo 64 de la LDC, el importe de la sanción se fijará atendiendo, entre otros, a criterios como la dimensión y características del mercado afectado y la cuota de mercado de la entidad responsable, la duración de la infracción, su alcance y efectos, y la existencia de circunstancias agravantes y atenuantes.

Respecto al mercado afectado por la conducta, se trata de mercados de ámbito geográfico municipal. Tanto el mercado de prestación de servicios de cementerio como el mercado de arte funerario tienen un ámbito reducido limitándose al municipio de Leganés, en el que en el año 2015 se produjeron, según datos aportados por las interesadas, un total de 576 inhumaciones.

Esta Sala valora que la conducta declarada infractora, si bien tiene un potencial efecto de cierre total del mercado de arte funerario en Leganés de mantenerse la postura de FUNEMADRID, lo cierto es que hasta la fecha únicamente constan acreditadas varias denegaciones de acceso al cementerio por lo que el alcance, a fecha de la presente resolución, se limita a los citados hechos. Sin embargo, se trata de mercados debilitados por la presencia de una empresa que ostenta una posición de dominio en el mercado de servicios de cementerio y que ha abusado de su posición para limitar la competencia en el mercado conexo de arte funerario con las graves consecuencias que de tales conductas se derivan.

En cuanto a la duración de la infracción, como se ha señalado anteriormente, para el inicio de la misma esta Sala toma en consideración la fecha en la que se produce la primera denegación de acceso acreditada, diciembre de 2014. Sobre la finalización de la conducta, la Sala considera el día 8 de septiembre de 2016, fecha de la incoación del expediente sancionador, por no constar acreditadas otras denegaciones de acceso a partir de la citada fecha.

Finalmente, el artículo 63 de la LDC establece que las infracciones muy graves pueden ser sancionadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 29 de enero de 2015), la multa deberá fijarse, en atención a los criterios de graduación del artículo 64 de la LDC, en una escala entre el 0% y el 10% de ese volumen de negocios.

El volumen de negocios total de FUNEMADRID en el año 2017 fue, según ha señalado la propia empresa, de 8.867.004, 22 euros.

Sobre la base de las anteriores consideraciones y teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, destacado por la doctrina del Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015, se estima que resultaría adecuada la imposición de una multa por un importe de 50.000 euros.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

- Primero.** Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción muy grave del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que es responsable la mercantil Servicios Funerarios Funemadrid, S.A.
- Segundo.** Imponer a Servicios Funerarios Funemadrid, S.A. una multa sancionadora por importe de 50.000 euros.

- Tercero.** Intimar a Servicios Funerarios Funemadrid, S.A. a cesar en la conducta y abstenerse en el futuro de llevar a cabo conductas similares a la sancionada.
- Cuarto.** Instar a la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad de la Comunidad de Madrid para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.
- QUINTO.** Resolver sobre la confidencialidad en los términos previstos en el fundamenot quinto, apartado 2, de la presente resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección General de Economía, Estadística y Competitividad de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.