



Roj: **SAN 3463/2023 - ECLI:ES:AN:2023:3463**

Id Cendoj: **28079230062023100501**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **28/06/2023**

Nº de Recurso: **996/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000996 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 08647/2018

Demandante: Servicios Funerarios Funemadrid, S.A.

Procurador: D. ANTONIO ORTEGA FUENTES

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiocho de junio de dos mil veintitrés.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **996/2018** promovido por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de **Servicios Funerarios Funemadrid, S.A.** contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada el 4 de octubre de 2018 en el expediente NUM000 , CEMENTERIOS DE LEGANÉS, por la que se declara acreditada la comisión por parte de Funemadrid de una infracción muy grave del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y se le impone una sanción de 50.000 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el



que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que" *con expresa condena en costas a la Administración demandada, acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia:*

(i) anule íntegramente la Resolución dictada por el Consejo de la CNMC el 4 de octubre de 2018 en el expediente NUM000 , CEMENTERIOS DE LEGANÉS, por ser contraria a Derecho; y

(ii) subsidiariamente, anule parcialmente la Resolución recurrida en lo que concierne al cálculo de la sanción, acordando su reducción sustancial de conformidad con lo expuesto en los Fundamentos de Derecho Tercero, Cuarto y Quinto de esta demanda"

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO. -Por Auto de 6 de julio de 2020, resolviendo sobre la prueba propuesta, se acordó, sin necesidad de abrir el periodo probatorio, tener por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo y, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones concluidas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 21 de junio del año en curso, fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada el 4 de octubre de 2018 en el expediente NUM000 , CEMENTERIOS DE LEGANÉS, por la que se declara acreditada la comisión por parte de Funemadrid de una infracción muy grave del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y se le impone una sanción de 50.000 euros.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

"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 por importe de 50.000 euros.

Tercero. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en las infracciones a las que se refiere el resuelve anterior, proceden las siguientes sanciones:

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.

(...)"

SEGUNDO. - Recoge la resolución sancionadora que el procedimiento sancionador se incoó como consecuencia de la denuncia presentada por la Asociación de Empresarios de la Piedra y el Mármol de Madrid (ASEMPIMA) con fecha 24 de noviembre de 2015, en la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contra Servicios Funerarios Funemadrid, S.A. 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.

Que 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). Que 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.

Que con fecha 19 de enero de 2017, se acordó por la DGEFP 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).

Que 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).

Que 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 recibiera respuesta alguna por parte del Consistorio.

Que 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) pero que 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).

Que 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.

Que, 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).

Que 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).

En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

"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"

" 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 cementerios.

A continuación, aborda el análisis del mercado afectado a fin de resolver 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 ASEMPIMAR.

Para ello, tras recoger que los servicios funerarios fueron liberalizados en 1996, 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 y citar la normativa nacional y autonómica sobre policía sanitaria mortuoria, expone que, de acuerdo con los precedentes nacionales, 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.

Precisa que, en este expediente, el presente expediente, los dos mercados relevantes son 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 y que ambos mercados se encuentran vinculados entre sí.

Explica que los servicios de cementerio pueden definirse como aquellos que se realizan desde la descarga del féretro y la corona hasta su inhumación o enterramiento, así como la reducción de los restos óseos, mediante la manipulación de los huesos, para reducir el espacio ocupado en nichos y sepulturas y recoge que 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 y que, estas facultades que derivan de la gestión de un bien demanial afecto a un servicio público, se unen las referidas a la policía sanitaria mortuoria como la inhumación, exhumación e incineración de cadáveres y reducción de restos. Afirma que, 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.

Por lo que se refiere al mercado geográfico, recoge la resolución recurrida que 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, y que, 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.

Respecto del Mercado de confección, instalación, ornamentación y práctica de inscripciones en nichos y lápidas mortuorias (en adelante, también mercado de arte funerario) refiere que el TDC ya definió entonces el mercado de instalación de lápidas por cuanto " *se trata de que los marmolistas instalen dichas placas como integrante de su propia actividad comercial*" y precisa que en 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 y que 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.

Añade que, 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 aun cuando se reconoce que 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.

Refiere que, en este caso, el mercado geográfico es también el local.

Recoge que la oferta de servicios de cementerio opera en un mercado en que la demanda está garantizada, si bien requiere de autorización para determinadas actividades funerarias y que 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.

Dicho lo anterior, aborda la descripción de ellos hechos acreditados y para ello pone de manifiesto los siguientes datos:

-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.

-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.

-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.

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

-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.

-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, cuyo artículo 5 establece que:

" 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 continuación, se recogen en la resolución recurrida dos informes elaborados por la Policía Local de Leganés en relación con varios incidentes acaecidos en 2014 y 2015 entre FUNEMADRID y varias (Expediente NUM001 de la Policía Local de Leganés y Expediente NUM002 de la Policía Local de Leganés) relativas a la denegación de acceso al cementerio de Leganés a empresas marmolistas pertenecientes a la asociación ASEMPIMA por parte de Funemadrid.

Se alude también al incidente surgido en relación con 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, respecto del encargo que SEGUROS SANTA LUCÍA realizó a una marmolista, miembro de ASEMPIMA, de trabajos de inscripción en nicho y suministro como ornamento de un jarrón y una imagen; todo ello para el enterramiento de D.(...), constando en el expediente la autorización de la hija del difunto para la realización de dichos trabajos en favor del miembro de ASEMPIMA. 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 Fausto el trabajo encargado.

Recoge así mismo el 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"



Dicho todo lo anterior, la Sala de Competencia la Sala concluye 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 .

TERCERO. - Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora opone frente a ella los siguientes motivos de impugnación:

I. Funemadrid no ostenta una posición de dominio en el mercado supuestamente afectado por las conductas investigadas y, en consecuencia, no ha podido abusar de la misma.

II. Incorrecta aplicación de la doctrina de los mercados conexos

III. En todo caso, y de manera subsidiaria, se ha producido una incorrecta apreciación de la duración de la infracción que se imputa a Funemadrid

IV. Subsidiariamente, la infracción que se imputa a Funemadrid debe calificarse, en todo caso, como una infracción grave

V. Falta de motivación de los criterios tomados en consideración por la CNMC para la determinación de la sanción impuesta a Funemadrid

El Abogado del Estado se opone al recurso e interesa su desestimación.

CUARTO. - Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados en la demanda, comenzando por el que denuncia que Funemadrid no ostenta una posición de dominio en el mercado supuestamente afectado por las conductas investigadas y que, en consecuencia, no ha podido abusar de la misma.

A tal efecto argumenta la recurrente que tras la inspección realizada a Funemadrid por los Servicios Fiscales del Ayuntamiento de Leganés en el año 2014, el referido Ayuntamiento decidió llevar a cabo una modificación de la Ordenanza fiscal mediante la inclusión en el apartado segundo del artículo 5, que regula el contenido de la cuota tributaria, de una serie de conceptos relacionados con el arte funerario que dan lugar al devengo de la tasa prevista en la ordenanza: "*colocación ornamentación, foto cerámica color, imagen ornamentación, incineración de cadáver, incineración de restos, portarretratos, sala velatorio y utilización de capilla*" (folios 373 a 385 del expediente administrativo). Que la modificación de la Ordenanza fiscal supuso la atribución a Funemadrid de la obligación de prestar los referidos servicios de ornamentación funeraria, de los cuales tendría que abonar al Ayuntamiento de Leganés un 6% en concepto de canon. Que, hasta entonces, la Ordenanza fiscal solamente preveía el devengo de una tasa de autorización por ornamentación e inscripción, por lo que Funemadrid venía exigiendo a los marmolistas que realizaban trabajos en el cementerio de Leganés el pago de dicha autorización para la prestación de servicios en el cementerio del referido municipio. Que, por ello, Funemadrid se vio obligada a modificar su habitual forma de actuar en relación con los servicios de ornamentación funeraria, con el fin de evitar cualquier incumplimiento que pudiera conllevar el rescate de la concesión.

Aduce que ha quedado acreditada la voluntad de colaboración mostrada por Funemadrid y la inactividad del Ayuntamiento de Leganés durante la tramitación del procedimiento administrativo en el marco de la solicitud de terminación convencional realizada a los efectos de incluir expresamente en el artículo 9 del Reglamento de Régimen Interior de Servicios del cementerio municipal de Leganés una serie de previsiones que permitieran a los marmolistas desarrollar su actividad en el cementerio de Leganés para la prestación de servicios de ornamentación funeraria a la vez que se solicitaba la modificación de la Ordenanza fiscal a los efectos de que el concesionario (en este caso, Funemadrid) no tuviera la obligación de recaudar la referida tasa en relación con aquellos trabajos realizados por marmolistas ajenos al concesionario, contratados directamente por la familia del fallecido.

Dicho lo anterior afirma que Funemadrid no ostenta posición de dominio en el mercado afectado por las conductas que se le atribuyen y, en consecuencia, no cometió la infracción de abuso de posición de dominio que se le atribuye.

A estos efectos recuerda que la determinación de si ha existido o no abuso de posición de dominio exige, tal y como ha declarado tanto la jurisprudencia nacional como de la Unión Europea, seguir tres pasos sucesivos: (i) determinación del mercado relevante (tanto respecto del producto como de su ámbito geográfico); (ii) verificación de si en ese mercado relevante existe una posición de dominio; y (iii) determinación de si las conductas denunciadas merecen el calificativo de abusivas (vid., entre otras, la Sentencia 2567/2016 de la

Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de diciembre, que cita la Sentencia del TJUE de 24 de mayo de 2012, asunto T-111/08).

Dicho lo anterior argumenta que la resolución recurrida ha realizado una incorrecta definición de los mercados afectados y del ámbito geográfico de los mismos, otorgándoles erróneamente el carácter de mercado local, circunscribiendo su alcance territorial al municipio de Leganés, y considerando necesaria la entrada al cementerio municipal de Leganés gestionado por Funemadrid por parte de los marmolistas miembros de ASEMPIMA para la prestación de sus servicios.

Expone que, en contra de lo sostenido por la Resolución recurrida, en este caso las supuestas conductas que se atribuyen a Funemadrid no están relacionadas con los servicios de cementerio, entendidos como las actividades de descarga del féretro e inhumación y enterramiento del cadáver. Las supuestas conductas realizadas por Funemadrid estarían relacionadas en todo caso con los servicios de ornamentación y práctica de inscripciones en nichos y lápidas realizadas por los marmolistas miembros de la asociación denunciante y que el hecho de que los nichos y lápidas sobre las que se realizan los trabajos de ornamentación estén situados en el interior de los recintos de los cementerios no implica que pueda considerarse el mercado de cementerio como el mercado afectado por la infracción que se le imputa.

Denuncia que la Resolución recurrida incurre en una patente contradicción cuando afirma para sustentar el carácter local del mercado de ornamentación funeraria, que las condiciones físicas del negocio de arte funerario "no permiten que las empresas instaladoras de lápidas y nichos puedan encontrarse muy lejos del lugar en que practiquen su actividad" para, a renglón seguido, afirmar todo lo contrario y señalar que "el mercado de ornamentación funeraria está experimentando una reestructuración debido a [...] 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" y subraya que la mayoría de los marmolistas miembros de ASEMPIMA tienen sus instalaciones situadas fuera del municipio de Leganés y, sin embargo, ofrecen y prestan servicios con asiduidad en dicho municipio.

Así las cosas concluye que el ámbito geográfico del mercado de ornamentación funeraria que resultaría afectado por la conducta sancionada no se limita al municipio de Leganés, como afirma la Resolución recurrida, sino que debe ampliarse a los municipios que se encuentran situados, al menos, a una distancia de 50 minutos en coche del cementerio municipal de Leganés (dentro de la que se incluiría Madrid capital) dado que, como ha quedado evidenciado, los marmolistas miembros de ASEMPIMA tienen capacidad para prestar sus servicios desde instalaciones situadas a dicha distancia.

Dicho lo anterior sostiene que, si se atiende a la correcta definición del mercado afectado, la Resolución recurrida no ha acreditado en modo alguno que la recurrente tenga una posición de dominio.

Manifiesta que, conforme a los criterios exigidos por la jurisprudencia, para poder afirmar que el acceso al cementerio municipal de Leganés resultaba necesario para que los marmolistas miembros de ASEMPIMA prestasen sus servicios debería haberse analizado si dichos marmolistas contaban con alternativas para la prestación de sus servicios o si, por el contrario, la falta de acceso al cementerio municipal de Leganés suponía una limitación tal a la actividad de dichos marmolistas que se habrían visto prácticamente impedidos realizar su actividad y prestar sus servicios y denuncia que, en el presente caso, el ámbito de actuación de los referidos marmolistas es mucho más amplio que el del municipio de Leganés por lo que el acceso al cementerio municipal de Leganés no resulta necesario para que los marmolistas miembros de ASEMPIMA puedan prestar sus servicios habida cuenta de que, como se ha demostrado, los referidos marmolistas operan o, al menos, tienen capacidad de hacerlo, en numerosos municipios distintos a la localidad de Leganés.

Por lo demás aduce que, cuando pudiera considerarse que el acceso a una instalación es esencial (hay que tener en cuenta que la mera negativa de acceso no es suficiente para acreditar la existencia de un abuso de posición de dominio. Recuerda que el tipo del artículo 2.2 c) de la LDC exige, además, que (i) la denegación de acceso pueda eliminar toda la competencia en el mercado; y (ii) que no pueda justificarse objetivamente (Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de mayo de 2013, JUR 2013\174790 y Sentencia del TJCE de 26 de noviembre de 1998, C-7/97, asunto Oscar Bronner) y, requisitos que no se cumple en el caso examinado por las siguientes razones:

(i) En primer lugar, porque no puede considerarse que el ámbito geográfico del mercado de arte funerario tenga carácter local y se circunscriba únicamente al municipio de Leganés., el ámbito geográfico del mercado de arte funerario es más amplio que el carácter local que le atribuye la Resolución recurrida, habida cuenta de que los marmolistas miembros de ASEMPIMA operan en un ámbito que abarca todas aquellas localidades situadas, al menos, a 50 minutos en coche del lugar donde se encuentran sus instalaciones.



(ii) En segundo lugar, porque dado el amplio ámbito geográfico del mercado de arte funerario, los marmolistas miembros de ASEMPIMA no habrían visto eliminadas en modo alguno sus posibilidades para la prestación de servicios. Al contrario, como ha quedado evidenciado, los marmolistas miembros de ASEMPIMA habrían contado con numerosas alternativas para la prestación de sus servicios, en todos aquellos municipios que se encuentran situados, al menos, a 50 minutos en coche de sus instalaciones.

(iii) En tercer lugar, porque las conductas que se imputan a la recurrente en modo alguno habrían supuesto la eliminación de la competencia en el mercado de arte funerario.

(iv) Y, por último, porque la conducta de Funemadrid estaba plenamente justificada por la modificación llevada a cabo por el Ayuntamiento de Leganés de la Ordenanza

Por todo ello afirma que la pretendida conducta de denegación de acceso al cementerio municipal de Leganés a los marmolistas miembros de ASEMPIMA que se atribuye a Funemadrid en la Resolución recurrida carece de entidad para eliminar la competencia en el mercado de arte funerario, por lo que no se cumplirían los requisitos establecidos por la jurisprudencia para apreciar la existencia de un comportamiento abusivo, y estaría, en todo caso, justificada.

Opone, además la recurrente que para que pueda apreciarse la existencia de una conducta de abuso de posición de dominio exclusionario en un mercado conexo como es preciso que la entidad que se encuentra en posición de dominio compita o tenga la intención de competir en el mercado conexo con la empresa excluida y que, en este caso la propia Resolución recurrida reconoce que Funemadrid " *no participa de manera directa*" en el mercado de arte funerario en el que operan los miembros de ASEMPIMA y añade que la resolución no prueba en modo alguno que Funemadrid tenga intención de entrar a formar parte del mercado de arte funerario. Por ello concluye que, dado que Funemadrid no está presente, ni tiene intención alguna de entrar en el mercado de arte funerario donde operan los miembros de ASEMPIMA y, por lo tanto, no puede calificársele de competidor real o potencial de los mismos, no puede imputársele la comisión del pretendido abuso de posición de dominio exclusionario que se le atribuye en la Resolución recurrida.

QUINTO. - Recordemos que se sanciona a Funemadrid por la comisión de 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, consistente en denegar injustificadamente el acceso al cementerio municipal de Leganés a los asociados de ASEMPIMA en los años 2014 y 2015, calificada como de muy grave atendiendo a lo establecido en el artículo 62.4 b) de dicha Ley.

Por lo demás, la recurrente no niega las conductas que determinaron la incoación del expediente sancionador, esto es, que denegó injustificadamente el acceso al cementerio municipal de Leganés a los asociados de ASEMPIMA en los años 2014 y 2015.

Recordemos también que el tenor literal del precepto en el que se centra la presente controversia.

El artículo 2.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, prohíbe

"... *la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*". Y a continuación, en una enumeración abierta o enunciativa, el apartado 2 del mismo artículo 2 señala:

" 2. *El abuso podrá consistir, en particular, en:*

c) *La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*

Conviene también poner de manifiesto que la determinación de si ha existido a no abuso de posición de dominio exige, como es pacífico tras muchas Sentencias del TJUE (por todas la de 24/05/2012, Asunto T-111/08), seguir tres pasos sucesivos: determinación del mercado relevante (tanto respecto del producto como de su ámbito geográfico), disponer en ese mercado relevante de posición de dominio y, finalmente, determinar si las conductas denunciadas merecen el calificativo de abusivas."

SEXTO.- Di cho lo anterior, las cuestiones que tenemos que resolver son las siguientes:

(i) La discrepancia sobre el ámbito territorial del mercado relevante y dilucidar si es de ámbito local como sostiene la resolución sancionadora o es más amplio como defiende la recurrente.

(ii) Si existía posición dominante por parte de la empresa sancionada, lo que viene en gran medida determinado por la decisión sobre el ámbito territorial del mercado y,

(iii) En caso de que existiera tal posición dominante, ha de establecerse si la mercantil recurrente incurrió en prácticas abusivas.



SÉPTIMO. - Pu es bien, cumple manifestar que, en el caso examinado son dos los mercados de productos relevantes: (i) El mercado de prestación de servicios de cementerio, en el que opera Funemadrid como concesionaria del cementerio público de la Leganés y, (ii) 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 (en general, de arte funerario).

Según el apartado 8 de la Comunicación de la Comisión Europea, el mercado geográfico, *"comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas"*.

Por lo que se refiere al ámbito geográfico del mercado de prestación de servicios de cementerio hemos de convenir con la resolución sancionadora en que, 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.

Y respecto del mercado de arte funerario, razona la resolución recurrida que "igualmente el mercado geográfico es el local, tal como ha señalado el TDC en el citado expediente 34/93 Marmolistas Fuengirola al considerar que es *"e l 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.

Entre los elementos que la Comisión considera pertinentes para definir un mercado geográfico están las características básicas de la demanda: "La naturaleza de la demanda del producto considerado puede en si misma determinar la extensión del mercado geográfico".

Así las cosas, como explica el Abogado del Estado, no debe confundirse la existencia de mercados locales diferenciados con la posibilidad de que los miembros de ASEMPIMA puedan prestar eventualmente sus servicios en otras localidades diferentes. En definitiva, concluimos que el mercado de arte funerario, en el concreto expediente sancionador ahora examinado, es local, sin perjuicio de que los empresarios de dicho mercado puedan ejercer su actividad en otros ámbitos geográficos.

OCTAVO. - Pu es bien, a juicio de la Sala y una vez que hemos considerado que los mercados relevantes afectados son de ámbito local, examinaremos si Funemadrid ostenta una posición de dominio en el mercado de prestación de servicios de cementerio en Leganés.

A estos efectos recoge la resolución recurrida que 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. Que en el año 2015 se produjeron un total de 214 inhumaciones de cadáveres y 114 inhumaciones de restos o cenizas. Que estas cifras 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.

Que en Leganés existen otros dos cementerios privados de carácter religioso, a saber:

-El cementerio parroquial el Salvador, que 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.

- 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.

-El Cementerio de la Asociación de Nuestra Señora de Butarque, según ha manifestado la propia Asociación, presenta las siguientes características:

- Es 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 estos datos (volumen de inhumaciones del cementerio municipal y el libre acceso de los ciudadanos al mismo, frente al menor número de inhumaciones), concluye 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 y que, en consecuencia, FUNEMADRID, empresa que explota el cementerio público de Leganés, es la empresa líder y con mayor cuota en ese mercado.

A estos efectos, se recoge que en el año 2015 FUNEMADRID habría llevado a cabo el 57% de las inhumaciones en Leganés.

Añade que el poder de mercado de Funemadrid resulta también de otras consideraciones adicionales dado la posibilidad de desarrollar una política comercial de manera independiente sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes y que en el caso examinado, el cementerio municipal, titularidad del Ayuntamiento y gestionado por FUNEMADRID, garantiza el libre acceso al mismo a todo ciudadano que quiera enterrarse allí previo pago de las tarifas aprobadas por el Ayuntamiento. , otorgando 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) .

Además, se recoge que, 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 y que la integración en su oferta, por de otros servicios que no ofrecen el resto de 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. Prueba de ello, es que en los últimos 10 años se ha mantenido relativamente estable el número de inhumaciones en el cementerio de Leganés mientras que 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.

Por lo demás, explica la resolución que, frente a la gestión de dos cementerios locales, uno de ellos ciertamente reducido, por parte de dos parroquias locales sin ánimo de lucro y 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 cementerios . y añade que la entrada de empresas competidoras 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 lo que 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. , a lo que se ha de añadir la 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 y, especialmente, la existencia de 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.

Pues bien, a la vista de los datos expuestos y recogidos en la resolución sancionadora, debemos convenir con ella en que FUNEMADRID ostenta una posición de dominio en el mercado de servicios de cementerio en la localidad de Leganés.

NOVENO. - De bemos examinar, a continuación, si FUNEMADRID es o no competidor en el mercado de arte funerario en la localidad de Leganés.

Como recoge el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, el 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 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).

Pues bien, la propia recurrente sostiene que la modificación operada en 2014 de la del apartado segundo del artículo 5 de la Ordenanza fiscal de la Ordenanza fiscal supuso la atribución a Funemadrid de la obligación de prestar los referidos servicios de ornamentación funeraria, de los cuales tendría que abonar al Ayuntamiento de Leganés un 6% en concepto de canon.

Así mismo, ha venido a admitir en el caso examinado su capacidad real para incidir, a través de acuerdos con terceras empresas, en el mercado y alterar la competencia en el mismo. En concreto ha manifestado 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..."*. Admite también que *"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"*. Y añade que *"por otro lado se podría haber formado a personal contratado en plantilla para realizar dicha actividad"*.

Recordemos que la afectación y conexión de ambos mercados es manifiesta por cuanto que, como explica la resolución recurrida, FUNEMADRID, concesionaria de la prestación de servicios del cementerio público de Leganés, ha de ser considerada como una empresa con capacidad para ejercer una influencia significativa en el mercado conexo de arte funerario y, potencial competidora en ese mismo mercado.

Así las cosas, como también recoge la resolución sancionadora 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, (en el ámbito geográfico considerado) y una capacidad real e inminente de ostentar en ambos una posición de dominio por medios ilícitos.

DÉCIMO. - Re sta por 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.

A estos efectos conviene poner de manifiesto que la Comunicación de la Comisión Europa 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.

También debemos recordar la doctrina jurisprudencial que sobre el artículo .2.c) de la LDC: contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, sección 3 del 10 de diciembre de 2019 (ROJ: STS 4085/2019 - ECLI:ES:TS:2019:4085), a cuyo tenor:

"1.- El artículo 2.1.c de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia debe ser interpretado en el sentido de que el operador dominante viene obligado a prestar el servicio cuando las circunstancias concurrentes determinen que la negativa resulta injustificada.

Para que la prestación resulte obligada, so pena de incurrir el operador dominante en una conducta abusiva y vulneradora de la competencia, aquella prestación ha de constituir un elemento esencial para que la empresa

competidora pueda prestar el servicio de que se trate, entendiéndose por esencial el elemento que no tenga una alternativa real o potencial o para el que no existe un sustitutivo racionalmente viable.

Por tanto, ha de considerarse que la negativa de suministro puede generar problemas de competencia cuando la empresa dominante compite con el operador solicitante en el mercado para el cual el insumo denegado -en este caso, la utilización de la instalación- es necesario para prestar el servicio".

Por su parte, la STS nº 1689/2019, de 10 de diciembre de 2019 (rec. 6629/2018 en el mismo sentido se pronuncian las sentencias del TJUE de 6 de marzo de 1974 (Instituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents/Comisión, C-6/73, EU:C:1974:18; de 14 de febrero de 1978 (United Brands/Comisión, C-27/76, EU:C:1978:22); de 3 de octubre de 1985 (Télémarketing, C311/ 84, EU:C:1985:394); de 10 de diciembre de 1991 (Merci Convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrielli, C-179/90, EU:C:1991:464); de 12 de febrero de 1998 (Raso y otros, C-163/96, EU:C:1998:54); y de 26 de noviembre de 1998 (Bronner, C7/ 97. EU:C:1998:569).

La misma sentencia explica que es cierto que la prohibición de negativa de suministro debe conciliarse con el derecho a la libertad de empresa, pues también las empresas dominantes tienen derecho a elegir con quien comercian y que a jurisprudencia ha mantenido que el límite debe establecerse en que la negativa a suministrar un producto sea susceptible de eliminar la competencia en el mercado (el "mercado descendente") por cuanto el insumo o servicio sea objetivamente necesario para operar, siendo también un factor relevante a los efectos de valorar ese posible abuso el que la empresa dominante compita en el mercado descendente con el comprador al que se niega a suministrar.

Continúa argumentando la citada Sentencia del Tribunal Supremo que para que la prestación resulte obligada, so pena de incurrir el operador dominante en una conducta abusiva y vulneradora de la competencia, aquella prestación ha de constituir un elemento esencial para que la empresa competidora pueda desarrollar la actividad de que se trate sin que exista una alternativa real o potencial en el que puedan basarse los competidores del mercado descendente para contrarrestar las consecuencias negativas de la denegación.

En este caso, la denegación de acceso al cementerio de Leganés a las empresas prestadoras de los servicios de arte funerario integradas en ASEMPIMA -les ha impedido acometer los encargos de particulares o de 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 necesaria, ya que no existe alternativa de sustitución por otro insumo que les permita prestar ese servicio demandado en el citado cementerio.

Dicho lo anterior, es cierto que lo que se sanciona en el art. 2.2.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de la Ley de Defensa de la Competencia es el carácter "injustificado" de la negativa a satisfacer la demanda de compra de productos o de prestación de servicios.

Así pues, la justificación de esta conducta se constituye en un elemento esencial del tipo infractor ("negativa injustificada") por lo que es obligado tomar en consideración las razones que la recurrente para negarse a permitir el acceso al cementerio de Leganés a empresas prestadoras de los servicios de arte funerario, así como las circunstancias que rodean a dicha negativa para valorar si el comportamiento es lícito conforme a las reglas ordinarias del mercado o si, por el contrario, es abusivo.

No cualquier negativa de suministro puede ser sancionada sino solo aquellas que no estén justificadas en aras a conseguir una mayor eficiencia. Como se afirmaba en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003 (rec. 4495/1998) "Serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico- económico".

En este sentido, FUNEMADRID ha justificado su proceder en que la ordenanza fiscal número 13 exige que sea la empresa concesionaria la que deba llevar a cabo las 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 nº 13" (folio 1177).*

Además, ha manifestado 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 MÁRMOLAS HERMANOS RUIZ, la que generalmente contrata (folios 686 y 687). 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).

Pues bien, de bemos convenir con la resolución recurrida en que ni el contrato de concesión, ni el pliego que regula la concesión, ni la ordenanza fiscal 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. Y añade que esta conclusión queda corroborada por los servicios jurídicos del Ayuntamiento de Leganés al manifestar, en el informe que consta en los folios 866 a 876 del expediente administrativo, 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, como concluye la resolución impugnada " *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 debemos reiterar 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 y que en este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Unión Europea (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007, en el asunto T-201/04).

Y para terminar cumple manifestar que, como se recoge en la resolución sancionadora, "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. Está 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 lo expuesto, debemos concluir 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.

UNDÉCIMO. - Con carácter subsidiario, denuncia la incorrecta apreciación de la duración de la infracción que se imputa a Funemadrid.

A estos efectos argumenta que la Resolución recurrida reconoce que solamente constaría acreditada una primera denegación de acceso por parte de a Funemadrid a las empresas de la Asociación ASEMPIMA de fecha 3 de diciembre de 2014, y otras denegaciones de acceso durante el año 2015 y que, en consecuencia, no puede sostenerse que la infracción que se atribuye a Funemadrid se haya extendido hasta el inicio del expediente sancionador en septiembre de 2016 sino, en todo caso, hasta el momento en el que, a juicio de la Resolución recurrida, existirían pruebas de la participación de Funemadrid en la infracción que se le atribuye, es decir, hasta el 14 de abril de 2016 y que, a lo sumo, debería considerarse la duración de la infracción hasta el 14 de abril de 2015, fecha del último incidente acreditado.

A estos efectos recuerda que se ha pronunciado recientemente en diversas sentencias sobre la duración que ha de tener en cuenta la CNMC a la hora de imponer sanciones a empresas infractoras de las normas de competencia, y ha señalado que solo pueden tenerse en cuenta a los efectos de determinar la duración de la sanción aquellos meses en los que existen pruebas de que efectivamente se habría producido la infracción imputada (vid., entre otras, las sentencias de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2019 en el recurso 253/2015; y la sentencia de 18 de julio de 2019 en el recurso 196/2015):

Frente a ello, la resolución sancionadora refiere que, a efectos de determinar una fecha para fijar el comienzo de la misma, se 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). Que 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 y destaca que Funemadrid no ha manifestado su intención de poner fin a estas prácticas, si se tiene 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, pese a conocer 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. Así las cosas, fija la fecha final de la infracción en el que, 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.

De nuevo estimamos ajustada a derecho la duración de la infracción que ha tomado en consideración la resolución recurrida por cuanto que, con independencia de que la conducta sancionada se haya evidenciado en varios episodios concretos, lo cierto es que, al tiempo de incoarse el expediente sancionador, la conducta de cierre del mercado de arte funerario en Leganés a los empresarios integrados en ASEMPIMA no había cesado y así resulta de las propias manifestaciones de la recurrente, por lo que la infracción se mantuvo hasta entonces

DUODÉCIMO. - Siguiendo con el examen de los motivos de impugnación, opone la parte recurrente, también con carácter subsidiario, que, no procede la calificación de la conducta imputada a Funemadrid como infracción muy grave y que, en todo caso debe calificarse, en todo caso, como infracción grave de conformidad con el artículo 62.4.b) de la LDC, a cuyo tenor:

Argumenta que dicha calificación trae causa de la incorrecta definición del mercado afectado al atribuir carácter local al mercado de arte funerario que resultaría afectado por las conductas que se le imputan en la Resolución y que, en consecuencia, Funemadrid no ostenta en el referido mercado de arte funerario " *cuotas próximas al monopolio*" tal y como establece la LDC a la hora de tipificar la conducta constitutiva de abuso de posición de dominio como muy grave.

El motivo ha de ser desestimado toda vez que no es en el mercado conexo de artes funerarias en el que se adjudica a la recurrente una cuota de mercado próxima al monopolio" sino que tal atribución se predica del mercado de prestación de servicios de cementerio.

Por lo demás, nos remitimos a lo ya resuelto respecto del carácter local de los mercados afectados por la infracción sancionada.



DÉCIMOTERCERO.- También con carácter subsidiario, opone la recurrente subsidiariamente, falta de motivación de la sanción impuesta a Funemadrid porque la Resolución recurrida no recoge el más mínimo razonamiento, suficiente y necesario, de cuáles son los criterios que realmente se han tomado en consideración para el cálculo de la sanción, limitándose a señalar que la multa impuesta se ha fijado teniendo en cuenta los criterios del artículo 64 de la LDC, que enumera con bastante precisión, si bien no da explicación alguna acerca de los cálculos que han realizado para llegar a la cifra de la multa que se impone a mi representada, y ni siquiera menciona cuál es el tipo el tipo sancionador que se ha aplicado para la determinación de la cuantía de la sanción. Añade que es desproporcionada y contraria al principio no discriminación.

El motivo ha de ser desestimado por las razones que pasamos a exponer.

La resolución sancionadora fundamenta la sanción de 50.000 euros que impone a Funemadrid en los siguientes términos: *"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.

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".

Así las cosas, puede decirse que las consideraciones que anteceden demuestran que la cuantificación de la sanción se apoya en una motivación bastante y, en todo caso, consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación.

El hecho de que no se consigue el tipo sancionador aplicado carece de la trascendencia anulatoria pretendida por la recurrente toda vez que, si tenemos en cuenta que el volumen de negocios total de FUNEMADRID en el año 2017 fue, según ha señalado la propia empresa, de 8.867.004, 22 euros, y el importe de la multa finalmente impuesta, resultaría, tras una simple operación matemática, que el tipo aplicado es de 0,563 -, por lo que no apreciamos vulneración del principio de proporcionalidad.

DECIMOCUARTO. - Lo expuesto en los anteriores Fundamentos determina la desestimación del presente recurso con imposición de costas a la parte recurrente.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS



Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de **Servicios Funerarios Funemadrid, S.A.** contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictada el 4 de octubre de 2018 en el expediente NUM000 , CEMENTERIOS DE LEGANÉS, por la que se declara acreditada la comisión por parte de Funemadrid de una infracción muy grave del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y se le impone una sanción de 50.000 euros, con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ