

RESOLUCIÓN (Expte. 495/00, Velatorios Madrid)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 20 de junio de 2001

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Castañeda Boniche, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 495/00 (1885/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en lo sucesivo, el Servicio) iniciado por denuncia de la Funeraria Ntra. Sra. de los Remedios S.L. contra la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. (en adelante, EMSFMSA o Empresa Mixta) por presuntas prácticas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, LDC), consistentes en denegar la contratación del servicio de tanatorio a las empresas funerarias legalmente constituidas en Madrid, lo que supone un abuso de posición de dominio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La Funeraria Ntra. Sra. de los Remedios S.L. denunció el 25 de septiembre de 1998 a la empresa EMSFMSA por denegar la contratación de los servicios de tanatorio a las funerarias legalmente constituidas en Madrid, para fallecidos en Madrid, cualquiera que sea su destino final, lo que constituye un abuso de posición de dominio prohibido por el art. 6 LDC. La EMSFMSA, añadía la denuncia, sólo alquila salas de tanatorio si se contratan con ella todos los servicios funerarios o si son "procedentes", es decir, traslados desde otra ciudad, negándose a contratar los servicios de tanatorio cuando los fallecimientos han ocurrido en Madrid capital.

Además, en la denuncia se solicitaba como medida cautelar el cese de las conductas denunciadas.

2. Con fecha 12 de enero de 1999 el Servicio acordó admitir a trámite la denuncia, incoando expediente sancionador contra la EMSFMSA por presuntas prácticas prohibidas por el art. 6 LDC.
3. Mediante Providencia de 29 de noviembre de 1999, una vez completada la investigación, el Servicio dictó el Pliego de Concreción de Hechos que se transcribe a continuación:

A. HECHOS ACREDITADOS

1. Los tanatorios en Madrid

El 21 de marzo de 1997 se aprueba la Ordenanza reguladora de los requisitos para la prestación de los servicios públicos funerarios en el municipio de Madrid, trasladando al ámbito local la liberalización de servicios funerarios adoptada por el Real Decreto-Ley 7/96, de 7 de junio, de Medidas Urgentes, fomento y liberalización económica.

Los tanatorios sustituyen a los tradicionales velatorios del domicilio y del hospital, y están regulados, a nivel estatal por el Decreto 2263/1974, de reglamento de Policía Mortuoria, a nivel regional por el Decreto 124/1997, de 9 de octubre, Reglamento de Sanidad Mortuaria de la Consejería de Sanidad y Servicios Generales de Madrid y, a nivel local por la Ordenanza Municipal.

Así, el artículo 4.4 de la Ordenanza Municipal establece los requisitos exigibles a los tanatorios:

Las empresas de servicios funerarios que opcionalmente oferten, entre sus servicios, el de tanatorio, deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Estar en posesión de la licencia municipal urbanística y otras autorizaciones exigibles.*
- b) Estar situado en edificios de uso exclusivo y tipología de edificación aislado, sin perjuicio de otras oficinas administrativas que puedan establecerse.*

- c) *Disponer, al menos, de 10 salas-velatorio, que deberán cumplir los requisitos técnicos establecidos de separación, ventilación y refrigeración del cadáver.*
- d) *Contar con servicio de cafetería.*
- e) *Disponer de zona destinada para aparcamiento de vehículos, en número mínimo de dos aparcamientos por sala.*

El artículo 31 del Decreto 124/1997, de la Consejería de Sanidad de Madrid establece:

Los tanatorios deberán reunir las condiciones higiénico-sanitarias adecuadas para e fin al que se destinan.

2. Como mínimo debe reunir los siguientes requisitos generales

- a) *Ubicación: Serán en edificio exclusivo para uso funerario y actividades afines o complementarias que sirvan para la mejor prestación del servicio. En estas instalaciones también podrán ubicarse las oficinas y sedes sociales de la empresa prestadora del mismo con todos sus servicios empresariales, siempre que éstos no afecten negativamente en la prestación del servicio.*
- b) *Dependencias: Deberá contar con dependencias de tránsito, permanencia, tratamiento, y exposición de cadáveres. Asimismo deberá contar con aseos y dependencias de tránsito y estancia para familiares que tendrán accesos y circulación independiente de las anteriores.*
- c) *Personal y equipamiento: Deberá disponer del personal, material y equipamiento necesario y suficiente para atender los servicios ofertados, garantizando un adecuado nivel de higiene, con especial atención a la prevención de todo tipo de enfermedades transmisibles.*
- d) *Vestuarios, aseos y duchas para el personal.*
- e) *La exposición de los cadáveres deberá realizarse utilizando medios de climatización.*

La única empresa que presta servicio de tanatorio en Madrid es la EMSFMSA que posee dos Tanatorios, el conocido como M-30, construido en 1984, y el Tanatorio Sur.

La EMSFMSA tiene una capacidad excedente de uso de sus salas tanatorio, según nos indica la relación entre capacidad potencial de utilización y las contrataciones efectivas realizadas: (ver cuadro nº 1)

CUADRO Nº 1

	1994	1995	1996	1997
TANATORIOS CONTRATADOS	18.737	20.394	21.257	21.599
% Ocupación *	59,69	64,97	67,71	68,80

() Sobre 31.390 servicios anuales disponibles en 86 Salas.*

Los tanatorios necesitan estar autorizados urbanísticamente como cualquier otra construcción. El Ayuntamiento de Madrid aprobó inicialmente una modificación del Plan General de Urbanismo para adaptarlo al Real Decreto-Ley 7/1996, de liberalización económica.

Hasta la fecha, Interfuneraria, S.L. es la única empresa que ha solicitado licencia para construir un tanatorio. El Ayuntamiento de Madrid ha contestado que no puede admitírsele hasta que no se presente un Plan Especial.

Por lo que se refiere al proyecto de tanatorio presentado por la EMSFMSA en la Gerencia de Urbanismo, el Ayuntamiento de Madrid informó que ha aprobado inicialmente, el 3 de julio de 1998, una modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid para permitir el uso de tanatorio en el solar propiedad de la EMSFMSA, sin que se haya aprobado definitivamente.

En resumen, se constata que no se ha aprobado ninguna licencia para la construcción de tanatorios en Madrid desde la aprobación del Decreto-Ley 7/96, de liberalización de la actividad económica, para ninguna de las empresas autorizadas a operar en Madrid.

3. *Negativa por la EMSFMSA a contratar los tanatorios.*

Tras la aprobación de la Ordenanza municipal han sido autorizadas a operar en Madrid las siguientes funerarias: Interfunerarias, S.L.; Funeraria Amparo, S.L.; Servicios Funerarios San Juan de la Cruz, S.A. y Funeraria Nuestra Señora de los Remedios, S.L.

Está acreditada la negativa de la EMSFMSA a contratar la cesión del uso de los tanatorios a las empresas autorizadas en Madrid.

Los documentos y manifestaciones que prueban la negativa por parte de la EMSFMSA son:

- *Las Actas Notariales de 28 y 30 de julio de 1998, en las que se hace constar que personados en el Tanatorio M-30 el Notario y el representante de la Funeraria Ntra. Sra. de los Remedios, S.L., solicitando una sala de tanatorio, la EMSFMSA indica que sólo hay salas para los servicios contratados con ella misma.*
- *Las manifestaciones escritas (folios 437, 461, 463 y 464) de las empresas funerarias operantes en Madrid: Interfunerarias, S.L.; Funerarias Amparo, S.L.; Servicios Funerarios San Juan de la Cruz, S.A., alegando, todas ellas, que les ha sido denegado la contratación del servicio de tanatorio por la EMSFMSA cuando lo solicitaban con independencia del resto de los servicios funerarios (enferetramiento, traslados, etc.).*

B. MERCADO RELEVANTE

El mercado relevante es el de la prestación de los servicios de tanatorio en la ciudad de Madrid, constituido por las actividades de enferetramiento, tratamiento sanitario, traslado, organización del acto social del entierro, y tramitación administrativa, excluyendo de éste la actividad de cementerio que, por su titularidad pública, gestión y regulación ofrece las características de un mercado propio.

La cuota de la EMSFMSA en éste mercado es del 80%.

C. LA VALORACIÓN JURÍDICA

El Servicio de tanatorio es independiente del resto de servicios funerarios, y puede ser contratado separadamente del resto de las prestaciones mortuorias. En efecto, el artículo 2 del Decreto 124/1997, de 9 de octubre, de Reglamento de Sanidad Mortuoria, define a las empresas funerarias como aquellas que prestan, conjunta o indistintamente, los servicios de manipulación y acondicionamiento de cadáveres, traslado de los mismos, tanatorio-velatorio, crematorio o cementerio, y, en todos los casos con el suministro de bienes y servicios complementarios para los propios fines. Asimismo el artículo 2 de la Ordenanza Municipal establece que son servicios funerarios, entre otros, la utilización y explotación de tanatorios.

No se discute la propiedad de los tanatorios de la EMSFMSA, ya que parece probado que pertenecen a dicha empresa y no al Ayuntamiento. Lo importante, es que, aún siendo propiedad privada, no puede negarse su cesión, como instalaciones afectas a un servicio público.

Las empresas funerarias tienen libertad para construir tanatorios, según la Ordenanza Reguladora de la prestación de servicios funerarios en Madrid, pero ello no implica que aquellas que no dispongan de dichas instalaciones no tengan la oportunidad de poder alquilarlas a quien las posea, ya que de otra forma no podrían atender las demandas de sus clientes y tendrían limitadas las posibilidades de actuar en el mercado.

El hecho de que la EMSFMSA ofrezca desde 1993, dentro de sus prestaciones, un servicio integral, o □normal, para los ciudadanos, que incluye Sala Velatorio, no implica que no se puedan ceder las salas independientes a aquellos ciudadanos que no quieran el servicio integral o que elijan otras funerarias existentes en el mercado de Madrid.

Ninguna de las partes admite que sea posible denegar el uso de un servicio público como es el de los tanatorios. Tanto la EMSFMSA, como el Ayuntamiento de Madrid en diferentes alegaciones ante el Servicio coinciden en el carácter abierto de los tanatorios a utilizar por todos los ciudadanos. El Tribunal de Defensa de la Competencia en el Auto de 6 de septiembre de 1996 dice:

Hay que señalar que en el expediente ha quedado suficientemente acreditado el derecho de las empresas funerarias regularmente constituidas a la utilización de los tanatorios madrileños. Esta consideración se basa en los siguientes argumentos:

Primero. El art. 46 del Reglamento de Policía Sanitaria y Mortuoria, aprobado por Decreto 2263/1974, establece que las Corporaciones Locales tienen la obligación de instalar depósitos funerarios (tanatorios) como lugar de etapa del cadáver entre el lugar del fallecimiento y el cementerio. Dicha norma no establece ningún tipo de condiciones en cuanto a su uso.

Es más, la EMSFMSA alquila los tanatorios cuando se trata de un servicio procedente, es decir, cuando procede de un traslado de otro municipio, contando, por tanto, con experiencia en cuanto al uso de sus instalaciones por otras empresas funerarias.

El que la EMSFMSA, que posee los únicos tanatorios en Madrid, y los utiliza en sus propios servicios, deniegue de manera injustificada el acceso a los mismos a funerarias competidoras constituye un abuso de posición de dominio en el sentido del artículo 6 de la LDC al privarlas de poder prestar determinados servicios que son esenciales para el ejercicio de su actividad, eliminando toda competencia por parte de las mismas.

De dicha práctica es responsable la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A.

4. Concluida la instrucción del expediente, el Servicio emitió el Informe-Propuesta, fechado el 19 de junio de 2000, que finalizaba ratificándose en los hechos imputados y su valoración contenidos en el Pliego, proponiendo al Tribunal lo siguiente:

"Primero.- Declarar que la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. ha cometido una infracción del artículo 6.1 de la LDC por haber denegado injustificadamente el acceso a los tanatorios a la empresa funeraria Ntra. Sra. de los Remedios, S.L.

Segundo.- Que intime a Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. para que se abstenga de realizar dicha conducta en el futuro.

Tercero.- Que ordene a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. la publicación en el BOE y en dos periódicos de máxima difusión de Madrid la resolución que se dicte.

Cuarto.- Que imponga multa a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. por haber infringido el artículo 6 de la LDC, atendiendo a los criterios establecidos para su cuantificación en el artículo 10.2 de la LDC.

No obstante, el Tribunal de Defensa de la Competencia resolverá."

5. Con fecha 20 de junio de 2000 se recibió en el Tribunal el Informe-Propuesta junto con el expediente, siendo éste admitido a trámite por Providencia de 28 de junio de 2000, designándose Ponente y decidiendo poner de manifiesto el expediente a los interesados para que en el plazo legal pudieran proponer las pruebas que a su derecho conviniera y solicitar la celebración de Vista.
6. Una vez incorporado al expediente el escrito presentado por la denunciante, con fecha de 26 de enero de 2001 se dictó Providencia poniendo el expediente de manifiesto a las partes con el fin de que alegaran cuanto estimasen conveniente respecto del alcance e importancia de la prueba practicada.
7. Por Providencia de 8 de febrero de 2001 el Tribunal concedió la prórroga solicitada por la EMSFMSA, que evacuó el trámite de valoración de prueba con fecha 27 de febrero de 2001, por lo que el Tribunal, mediante Providencia de 8 de marzo de 2001, puso, de nuevo, el expediente de manifiesto a los interesados para que formularan conclusiones en el plazo de quince días, dado que ninguno de ellos había solicitado la celebración de Vista y que el Tribunal no la consideró necesaria.
8. Ambas partes comparecieron en dicho trámite, reiterando la EMSFMSA la realización de determinadas pruebas que fueron rechazadas por el Tribunal, por considerarlas innecesarias, mediante Providencia de 24 de mayo de 2001 por la que se decretó, además, la conclusión de las actuaciones.
9. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre este expediente en su sesión de 5 de junio de 2001, encargando al Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
10. Son interesados:
 - Funeraria Nuestra Señora de los Remedios S.L.
 - Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A.

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera probados los siguientes hechos:

1. En cuanto a los tanatorios de Madrid.
 - 1.1. La única empresa que presta el servicio de tanatorio en Madrid es la EMSFMSA, la sociedad funeraria local más importante de España, que posee los dos tanatorios existentes, el conocido como "M-30", construido en 1984, y el Tanatorio Sur.
 - 1.2. La EMSFMSA tiene una capacidad excedente de uso de sus salas tanatorio, según indica la relación entre capacidad potencial de utilización y las contrataciones efectivas realizadas: (ver el siguiente cuadro del folio 836 del expediente del Servicio).

	1994	1995	1996	1997
TANATORIOS CONTRATADOS	18.737	20.394	21.257	21.599
% Ocupación *	59,69	64,97	67,71	68,80

(*) Sobre 31.390 servicios anuales disponibles en 86 Salas.

- 1.3. El Ayuntamiento de Madrid ha aprobado inicialmente, con fecha 3 de julio de 1998, una modificación del Plan General de Ordenación Urbana para permitir el uso de tanatorio en el solar propiedad de la EMSFMSA.
- 1.4. El Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de fecha 1 de diciembre de 2000, ha publicado el anuncio de la Junta de Distrito de Fuencarral-El Pardo, que literalmente indica:

"La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid, en su sesión ordinaria de fecha 24 de noviembre de 2000, adoptó el siguiente acuerdo:

Primero.- Aprobar inicialmente el Plan Especial de Control Urbanístico-Ambiental de Usos relativo a la implantación de un

tanatorio en la finca sita en la calle de Valdegovia nº 8 y 10, solicitado por "FUNERARIA NUESTRA SEÑORA DE LOS REMEDIOS".

Segundo.- Someter dicho Acuerdo al trámite de información pública por el plazo de un mes, mediante la inserción del anuncio en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y en un periódico de los de mayor circulación.

...

Madrid, a 28 de noviembre de 2000. El Secretario de la Junta Municipal de Distrito de Fuencarral-El Pardo, Ignacio Ramírez García."

2. Negativa por la EMSFMSA a ceder la contratación de los tanatorios.
 - 2.1. Los días 28 y 30 de julio de 1998, personado en el Tanatorio "M-30" el representante de la Funeraria Ntra. Sra. de los Remedios S.L., acompañado de Notario, solicitando una sala de tanatorio, la EMSFMSA contesta que "sólo hay salas para los servicios contratados con ella misma", según consta en las correspondientes Actas Notariales (folios 33 a 38 del expediente del Servicio);
 - 2.2. Las siguientes empresas funerarias privadas, que han sido autorizadas para operar en Madrid -Interfunerarias S.L., Funerarias Amparo S.L. y Servicios Funerarios San Juan de la Cruz S.A.- alegan todas ellas, a requerimiento del Servicio, que les ha sido denegada la contratación del servicio de tanatorio por la EMSFMSA cuando lo solicitaban con independencia del resto de los servicios funerarios (enferetramiento, traslados, etc.), según consta en los folios 437, 461, 463 y 464 del expediente del Servicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Antes de la completa liberalización del sector, establecida por Real Decreto-Ley 7/96, de 7 de julio, de Medidas Urgentes, fomento y liberalización económica, la prestación de servicios funerarios podía ser ejercida por las entidades locales en régimen de monopolio. Por tanto, hasta ese momento, el marco legislativo aplicable es la reserva legal a favor de las entidades locales, dotándolas de capacidad para prestar servicios funerarios en dicho régimen mediante la gestión directa o indirecta.

El 21 de marzo de 1997 se aprueba la Ordenanza reguladora de los requisitos para la prestación de los servicios públicos funerarios en el municipio de Madrid, trasladando al ámbito local la liberalización de servicios funerarios adoptada por el mencionado Real Decreto-Ley 7/96.

Los tanatorios sustituyen a los tradicionales velatorios del domicilio y del hospital y están regulados: a nivel estatal, por el Decreto 2263/1974, de Reglamento de Policía Mortuoria; a nivel regional, por el Decreto 124/1997, de 9 de octubre, Reglamento de Sanidad Mortuaria de la Consejería de Sanidad y Servicios Generales de Madrid; y, a nivel local, por la citada Ordenanza Municipal.

Así, el artículo 4.4 de la Ordenanza establece los requisitos exigibles a los tanatorios:

Las empresas de servicios funerarios que opcionalmente oferten, entre sus servicios, el de tanatorio, deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Estar en posesión de la licencia municipal urbanística y otras autorizaciones exigibles.*
- b) Estar situado en edificios de uso exclusivo y tipología de edificación aislado, sin perjuicio de otras oficinas administrativas que puedan establecerse.*
- c) Disponer, al menos, de 10 salas-velatorio, que deberán cumplir los requisitos técnicos establecidos de separación, ventilación y refrigeración del cadáver.*
- d) Contar con servicio de cafetería.*
- e) Disponer de zona destinada para aparcamiento de vehículos, en número mínimo de dos aparcamientos por sala.*

El artículo 31 del Decreto 124/1997, de la Consejería de Sanidad de Madrid establece:

- a) Los tanatorios deberán reunir las condiciones higiénico-sanitarias adecuadas para e fin al que se destinan.*
- b) Como mínimo debe reunir los siguientes requisitos generales:*
 - 1. Ubicación: Serán en edificio exclusivo para uso funerario y actividades afines o complementarias que sirvan para la mejor*

prestación del servicio. En estas instalaciones también podrán ubicarse las oficinas y sedes sociales de la empresa prestadora del mismo con todos sus servicios empresariales, siempre que éstos no afecten negativamente en la prestación del servicio.

2. Dependencias: Deberá contar con dependencias de tránsito, permanencia, tratamiento, y exposición de cadáveres. Asimismo deberá contar con aseos y dependencias de tránsito y estancia para familiares que tendrán accesos y circulación independiente de las anteriores.

3. Personal y equipamiento: Deberá disponer del personal, material y equipamiento necesario y suficiente para atender los servicios ofertados, garantizando un adecuado nivel de higiene, con especial atención a la prevención de todo tipo de enfermedades transmisibles.

4. Vestuarios, aseos y duchas para el personal.

5. La exposición de los cadáveres deberá realizarse utilizando medios de climatización.

2. Como se recoge literalmente en el Antecedente de Hecho 4, el Informe del Servicio concluye con la propuesta de que se declare y sancione la existencia de una conducta prohibida por el artículo 6.1 LDC por haber denegado la EMSFMSA injustificadamente el acceso a los tanatorios a la empresa denunciante, la funeraria Nuestra Señora de los Remedios S.L.
3. La cuestión central que se dirime en este expediente no es de orden fáctico, es decir, que el problema consistiera en probar si la EMSFMSA denegó a la denunciante la cesión del uso de los tanatorios, cuestión que aparece acreditada con tal claridad en el expediente que no se discute (Hecho Probado 2), sino un problema clásico del derecho de la competencia que consiste en decidir si, en las circunstancias del caso, en el mercado emergente de los servicios funerarios para fallecidos en Madrid con destino en Madrid, mercado que se abría como consecuencia de la liberalización total que se declaraba a partir del año 1997, la EMSFMSA - anterior empresa monopolista- estaba obligada a contratar con los competidores los servicios de tanatorio para no caer en la infracción de abuso de posición de dominio.
4. En efecto, nada hay que objetar a la siguiente definición del mercado relevante que realiza el Servicio:

"El mercado relevante es el de la prestación de los servicios de tanatorio en la ciudad de Madrid, constituido por las actividades de enferretramiento, tratamiento sanitario, traslado, organización del acto social del entierro y tramitación administrativa, excluyendo de éste la actividad de cementerio que, por su titularidad pública, gestión y regulación, ofrece las características de un mercado propio.

La cuota de la EMSFMSA en este mercado es del 80%."

Asimismo, también cabe admitir la consideración que realiza el Servicio en cuanto a una ampliación del mercado geográfico relevante, ampliación sobre la que se ha pronunciado favorablemente el Tribunal recientemente (Resolución de 16 de marzo de 2001, Expt. R 461/00, Cementerio La Paz) cuando existe facilidad de comunicaciones. La mencionada consideración del Servicio es literalmente la siguiente:

"Pero aún ampliando el mercado geográfico al de los municipios cercanos al de Madrid en los que existen tanatorios no gestionados por la empresa denunciada como Alcobendas, Alcalá de Henares, San Fernando de Henares, Majadahonda, Alcorcón y Leganés y comparamos los servicios prestados por éstos frente a los realizados en Madrid, observamos que por los primeros se ofrecieron en 1999 un total de 2.479 servicios frente a los 21.600 ofrecidos por la EMSFMSA. De lo anterior se deduce que la cuota de mercado de la EMSFMSA en un mercado geográfico más ampliamente definido se sitúa en torno al 90% del total, por lo que resulta innegable la posición de dominio de la EMSFMSA en el mercado definido."

Por lo tanto, con cuotas de este orden, la posición de dominio en el supuesto de las anteriores definiciones del mercado en cuestión que realiza el Servicio suele ser clara para el Tribunal pues, frente a la muy alta cuota del mercado que ostenta la empresa imputada al tiempo de la denuncia, sólo resta -incluso con la ampliación geográfica considerada- una limitada cuota que suman las cuatro empresas privadas competidoras que tienen una relativamente modesta dimensión. Además, la existencia de esta posición dominante sería de todo punto lógica si se tiene en cuenta que hasta el mes de abril de 1997, en que se publica la Ordenanza Municipal para la prestación de los servicios funerarios, era la Empresa Mixta la única funeraria que podía operar en este mercado.

Sin embargo, las cuotas de mercado prevalecientes hasta ese momento no reflejan la situación que se presentaría si las empresas potencialmente competidoras decidieran y pudieran entrar en el mismo ante las expectativas de obtener beneficios sustanciales. En consecuencia, es

necesario determinar si existen o no barreras de entrada significativas antes de poder concluir que existe una posición dominante en el mercado.

La imputada alega en esencia que los hechos de la denunciante desdican el fundamento de la denuncia puesto que ésta ha adquirido una finca para construir un tanatorio dentro del término municipal de Madrid, financiándolo, al ser hoy una gran empresa, con el excedente creado a través de la competencia ilícita realizada al haber trabajado en la capital sin licencia, antes de la liberalización producida por el Real Decreto-Ley 7/96 que extinguió el monopolio en la prestación del servicio funerario. En este sentido, señala que el mercado "ya desde el primer año ha evolucionado de forma apreciable hacia la plena competencia". Niega que sea correcta la definición del mercado relevante -por existir tanto salas velatorio en el término de Madrid como tanatorios en sus proximidades-, que tenga posición de dominio, al haber ido bajando su cuota de mercado y que no dispone de independencia de comportamiento por esta creciente implantación de competidores en dicha ciudad en la que la competencia es muy dura.

Pues bien, según se desprende del Hecho Probado 1, la única empresa que dispone -todavía al día de hoy- del servicio de tanatorio en Madrid es la Empresa Mixta que, además, tiene normalmente una capacidad excedente de uso de dichas salas, excedente que sólo en momentos puntuales deja de existir. Adicionalmente, el Ayuntamiento de Madrid aprobó el día 3 de julio de 1998 una modificación del Plan General de Ordenación Urbana para permitir el uso de un tercer tanatorio a construir en Madrid en un solar de propiedad de la imputada. Y no ha sido hasta el pasado 1 de diciembre de 2000 cuando ha aparecido publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de dicha ciudad por el que se aprueba inicialmente el Plan Especial de Control Urbanístico-Ambiental de Usos para la implantación de un tanatorio a solicitud de la funeraria denunciante. Una similar solicitud, no obstante, no fue admitida por el Ayuntamiento de Madrid en el caso de la empresa Interfunerarias S.L. que la había presentado el 8 de octubre de 1998 (folio 612 del expediente del Servicio).

En consecuencia, se ha de concluir que hasta el pasado mes de diciembre de 2000 la obtención de las licencias urbanísticas para el uso de tanatorio, por lo que consta en el expediente, suponía una sustancial barrera legal de entrada para las empresas funerarias privadas en el mercado de la capital. En estas circunstancias es evidente que la empresa denunciada tiene posición de dominio porque dispone de independencia de comportamiento suficiente para poder actuar sin temer las posibles reacciones de los competidores y de los familiares que, demandando este

servicio, tienen muy limitadas las posibilidades de sustitución entre los distintos centros acondicionados para velar en forma adecuada a los fallecidos, tanto en Madrid como según la consideración que hacía el Servicio de ampliar geográficamente el mercado relevante. En efecto, el Tribunal considera que la demostración que hace la imputada en sus alegaciones de la utilización de las salas velatorio de varias clínicas y hospitales, es realmente indicativa de dicha limitación por constituir bien servicios distintos (mortuorios, pero no tanatorios) o tan sólo excepciones a la regla general de su posición privilegiada por controlar los dos únicos tanatorios de Madrid, que son el factor competitivo clave ante las preferencias de los usuarios, aunque, como es lógico, haya tenido que perder servicios desde que se produjo la liberalización total.

5. Constatada la existencia de posición de dominio, procede determinar si ha habido abuso de esa posición.

Es doctrina consolidada en el derecho de la competencia comunitario (caso 322/81, Michelin) y español (Resoluciones de 26 de febrero de 1999, Expt. 413/97, Airtel/Telefónica; de 14 de febrero de 2000, Expt. 458/99, Gas Sabadell; y de 8 de marzo de 2000, Expt. 456/99, Retevisión/Telefónica) que incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de competencia. Por otra parte, la doctrina reconoce la necesidad de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, reaccionando con eficacia a las acciones de sus competidores, ya que sólo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia.

Precisamente, en la última de las citadas Resoluciones, este Tribunal señalaba lo siguiente:

"Ante la dificultad de distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo, la Comisión y el Tribunal de Justicia europeos han venido utilizado el criterio de que la conducta para ser legítima debe tener una justificación objetiva (Centre Belge d'Études de Marché Telemarketing, 1986, Hilti, 1988, Tetra Pak, 1988, BPB, 1989) y para la apreciación del abuso entonces será tan necesario considerar los componentes restrictivos o desleales de la conducta en cuestión y el alcance de sus efectos directos e indirectos, como la intensidad y el grado de la posición dominante, las amenazas que presentan los competidores, la proporcionalidad de la respuesta y su intención excluyente o competitiva".

Para proceder a dicha apreciación, un análisis a considerar es el de tipo histórico, dado el conocimiento que el Tribunal ha tenido del ya largo proceso de liberalización del sector funerario hasta la finalización del monopolio.

El Servicio señala que ninguna de las partes admite que sea posible denegar el uso de un servicio público como es el de los tanatorios. Así, tanto la EMSFMSA, como el Ayuntamiento de Madrid, en diferentes alegaciones, coinciden en el carácter abierto de los tanatorios a utilizar por todos los ciudadanos.

El Tribunal ya en la Resolución de 6 de septiembre de 1996 (Expt. de recurso R 115/95, Funerarias Madrid 3) manifestó:

... hay que señalar que en el expediente ha quedado suficientemente acreditado el derecho de las empresas funerarias regularmente constituidas a la utilización de los tanatorios madrileños. Esta consideración se basa en los siguientes argumentos:

Primero. El art. 46 del Reglamento de Policía Sanitaria y Mortuoria, aprobado por Decreto 2263/1974, establece que las Corporaciones Locales tienen la obligación de instalar depósitos funerarios (tanatorios) como lugar de etapa del cadáver entre el lugar del fallecimiento y el cementerio. Dicha norma no establece ningún tipo de condiciones en cuanto a su uso.

Segundo. En el municipio de Madrid no existe ninguna limitación legal respecto a la utilización de los tanatorios municipales por otras empresas funerarias distintas de la EMSFM, siempre que éstas cumplan las normas generales en materia de sanidad y prestación de servicios funerarios.

Tercero. A mayor abundamiento, según acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 26 de enero de 1990, "los servicios mortuorios, que hayan de prestarse fuera del término municipal, podrán ser facilitados por la EMSFM, en régimen de concurrencia, salvo aquéllos que se desarrollen en municipios donde estuvieran municipalizados en régimen de monopolio" (folio 152).

Sin embargo, de la documentación aportada por la recurrente y por la propia EMSFM en el período probatorio, no puede deducirse con absoluta certeza que la normativa anterior se esté cumpliendo en Madrid. En efecto, la empresa recurrente ha denunciado la denegación sistemática por parte de la EMSFM del uso de los tanatorios y ha presentado pruebas del incumplimiento de la norma al menos en tres ocasiones (dos de ellas para

servicios con destino final en El Escorial y la otra en Coslada). A su vez, la EMSFM ha aportado un listado relativo a la utilización de los tanatorios en los años 1993-1995, pero, al no especificarse en dicho listado el nombre de las funerarias usuarias de los servicios (según la citada empresa por exigencias de la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal), resulta imposible determinar si se está permitiendo el acceso a los tanatorios de todas las empresas de la Comunidad Autónoma de Madrid que demandan dichos servicios o sólo de aquellas, como afirma la recurrente, que tienen suscrito un convenio con la EMSFM o son propiedad de personas que forman parte del consejo de administración de dicha empresa.

En conclusión, deben clarificarse estos extremos mediante las oportunas investigaciones y esto ha de hacerse por el Servicio de Defensa de la Competencia en el curso del presente expediente, cuyo sobreseimiento debe ser revocado por esta causa."

Como consecuencia de lo así ordenado por el Tribunal, el Servicio realizó la investigación solicitada en el expediente iniciado por la denuncia de Funerarias Madrileñas S.A. en enero de 1992 y concluyó con la propuesta de que el Tribunal declare que la Empresa Mixta incurrió en abuso de posición de dominio al denegar el uso de los tanatorios durante los años 1992 a 1995 a aquellas empresas encargadas de realizar traslados entre Madrid y otros municipios, expediente que ahora se tramita en el Tribunal con la denominación 498/00, Funerarias Madrid.

En cuanto al presente expediente, el Servicio concluyó su instrucción señalando que la EMSFMSA carece de justificación para denegar el acceso a los tanatorios, servicio público que debe ser gestionado respetando la libre competencia, máxime en un sector recientemente liberalizado, en el que no existen alternativas a los tanatorios ni lo son los situados próximos a Madrid y donde las licencias urbanísticas constituyen importantes barreras de acceso a este servicio, que considera es "instalación básica", en el sentido de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 10 de julio de 1991, por lo que no puede impedir su uso por los competidores.

Sin embargo, no hay indicios en el expediente de que la empresa imputada se haya negado a negociar cualquier tipo de condiciones o convenio con los competidores (negociación colectiva que, no estando amparada expresamente por ley alguna, requeriría autorización singular) ni tampoco de la existencia en el mismo -dadas las circunstancias del caso- de ninguna estimación del tiempo que le pueda durar la posición de dominio. También es cierto que cuando se privatiza un sector sin

liberalizar suficientemente o a su debido tiempo la concesión de las licencias urbanísticas, para unas construcciones necesarias pero ciertamente de una naturaleza especial, es entonces necesario regular la actividad para dejar claras las reglas de juego que, desde luego, han de tender siempre a conseguir en la práctica un mayor grado de concurrencia en el mercado e impedir que continúe la explotación de los consumidores y las rentas monopolistas. Precisamente, la obtención de las licencias en este caso se constituye en una muy importante barrera de entrada, que motiva, entre otras razones, la indemnización solicitada por Interfunerarias S.L. en su recurso al Ayuntamiento de Madrid por no admitir a trámite la petición de la licencia para tanatorio (folios 542 a 556), por lo que, de lo que consta en el expediente, no parece que las dificultades existentes en conseguir dichos permisos se debiera a falta de interés de las funerarias privadas.

En todo caso, el Tribunal entiende que a la Empresa Mixta, por su anterior condición de monopolio legal y mientras disponga de una posición dominante en el mercado, le incumbe una especial responsabilidad para mantener en el mismo unas condiciones no distorsionadas de competencia, debiéndose esmerar en actuar de modo equitativo y transparente.

Sin embargo, el Tribunal, de cuanto antecede, concluye que existen dudas sobre la licitud de la conducta en este caso concreto, conducta que pudo deberse a la antes expuesta falta de regulación o a que la concesión de las mencionadas licencias urbanísticas a las empresas privadas por el Ayuntamiento de Madrid se dilatara tanto en el tiempo, por lo que el Tribunal no considera plenamente probada la imputación que realiza el Servicio en este expediente consistente en que la Empresa Mixta denegara injustificadamente, desde su posición de dominio en el mercado, el uso de los tanatorios a las empresas funerarias radicadas en dicha ciudad.

VISTOS los preceptos citados y demás de general aplicación, con el voto en contra de los Vocales Sres. Castañeda Boniche, Comenge Puig y Martínez Arévalo que consideran que la conducta de abuso de posición de dominio ha quedado plenamente acreditada, este Tribunal, por mayoría,

HA RESUELTO

Único. Declarar que en el presente expediente no ha resultado acreditada la infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia imputada por el Servicio a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber a éstos que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.