



RESOLUCIÓN R 1/2012 - TANATORIO DE VALGA

Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente
D. Fernando Cachafeiro García, vogal

En Santiago de Compostela, a 10 de xullo de 2012.

O Consello Galego da Competencia (CGC), coa composición arriba expresada e sendo relator D. Fernando Cachafeiro García, ditou a seguinte Resolución no Expediente S 12/2011, que trae a súa causa na denuncia presentada pola Asociación de Empresarios de Pompas Fúnebres da provincia de Pontevedra contra UTE Tanatorio Municipal de Valga (Pontevedra), formada por Pompas Fúnebres de Padrón, S.A. e Ambulancias Iria Flavia, SL., pola realización de condutas contrarias á *Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia* na xestión do tanatorio municipal do que é concesionaria.

ANTECEDENTES DE FEITO

1. Con data 16 de maio de 2011 a Asociación de Empresarios de Pompas Fúnebres da provincia de Pontevedra presentou no Rexistro do Consello Galego da Competencia unha denuncia contra UTE Tanatorio Municipal de Valga, por presunta infracción da Lei de defensa da competencia (LDC) na explotación, en réxime de concesión administrativa, do tanatorio municipal do concello de Valga. Segundo a entidade denunciante, a conduta restritiva da competencia na que incorreu a entidade concesionaria do tanatorio consistiu en non permitir o uso das salas do tanatorio municipal a outras empresas de servizos funerarios.
2. Segundo se desprende da información obrante no Rexistro Mercantil de Santiago de Compostela, a entidade concesionaria do tanatorio municipal de Valga, UTE Tanatorio Municipal de Valga, foi constituída o 10 de febreiro de 2010 polas mercantís Ambulancias Iria Flavia, SL (cunha participación do 40%) e Pompas Fúnebres de Padrón, SA (cun 60%) e figura inscrita no Rexistro especial de UTEs da Axencia Tributaria (AEAT) dende o 8 de xuño de 2010. A UTE constituíuse por un período de dez anos, prorrogables. En virtude da información facilitada pola entidade denunciada, o administrador da UTE é D. Félix Camiña Blanco.

Ambulancias Iria Flavia, SL, con domicilio en c/ Iria núm. 132, Padrón (A Coruña), constituíuse no ano 2000 e ten como obxecto social, entre outras actividades, "*a explotación de tanatorios e o transporte de cadáveres*". Son



socios únicos desta, en igual proporción, os irmáns D. Félix Camiña Blanco, D. Manuel Camiña Blanco e Dna. Ana María Camiña Blanco, actuando esta última como administradora única da sociedade. Segundo o listado de tanatorios do Servizo de Sanidade Ambiental da Consellería de Sanidade da Xunta de Galicia, obrante no expediente, Ambulancias Iria Flavia é propietaria do Tanatorio Iria Flavia, situado no lugar do mesmo nome, no municipio de Padrón (A Coruña), lindante co de Valga.

Pompas Fúnebres de Padrón, SA, con idéntico domicilio social, constituíuse no ano 1986 e ten como obxecto social "a prestación de todos os servizos relacionados coas Pompas Fúnebres, tales como a fabricación e venda de ataúdes (...) o depósito, condución e enterramento de cadáveres (...) o transporte de cadáveres". A sociedade foi constituída por D. Alfredo Camiña Blanco, irmán dos anteriores, xunto con outros dous socios: D. Antonio Fernández Muñiz e D. Emilio Guntín Fandiño. Tras o falecemento de D. Alfredo, os mencionados D. Félix, D. Manuel e Dna. Ana María, desempeñan na actualidade un papel predominante na administración da sociedade pois ostentan os cargos de presidente do Consello de Administración e conselleiro-delegado (D. Félix), vicepresidente e conselleiro delegado (D. Manuel) e secretaria (Dna. Ana María). Por outro lado, Pompas Fúnebres Padrón ten unha participación do 12,5% na UTE Área de Transporte Sanitario Urxente de Barbanza/Muros, que ten por obxecto a prestación do servizo de transporte sanitario urxente mediante ambulancias para a Fundación Pública Urxencias Sanitarias de Galicia -061.

3. O 31 de maio, a Subdirección de Investigación do CGC remitiu á Comisión Nacional da Competencia (CNC) nota sucinta sobre asignación da competencia sobre o presente asunto, na que se expresa a súa opinión de que a conduta denunciada non é susceptible de afectar a un ámbito superior ao da Comunidade Autónoma de Galicia, nin alterar a competencia a nivel nacional. Con data de 3 de xuño de 2011, a Dirección de Investigación da CNC remitiu escrito no que se recoñece a competencia sobre o presente expediente ao Consello Galego da Competencia, en cumprimento do disposto na *Lei 1/2002, do 21 de febreiro, de coordinación de competencias do Estado e das comunidades autónomas en materia de defensa da competencia*.
4. O 7 de setembro, a Subdirección de Investigación do CGC, nos termos previstos polo art. 49.2 da LDC, acordou a incoación do expediente sancionador por presunta infracción da Lei de defensa da competencia, consistentes na negativa da concesionaria a permitir o acceso e uso das salas do tanatorio a outras empresas de servizos funerarios. Teñen a condición de interesados o Concello de Valga, en canto administración concedente, e as empresas de servizos funerarios ás que, segundo o



- escrito presentado pola Asociación denunciante o 8 de xullo de 2011, se lles denegou a posibilidade de operar no tanatorio, a saber: Pompas Fúnebres Europeas, SL (Vilagarcía de Arousa); Funeraria San Antonio (Catoira); Pompas Fúnebres San José (Caldas de Reis); Funeraria Pazos (Cuntis); Velorio Móbil Pombo Lourido (Cuntis); Funeraria San Marcos (Caldas de Reis); e Funeraria Tanatorio Santa María (Vilanova de Arousa).
5. O 21 de setembro de 2011, a Subdirección de Investigación acordou a ampliación do acordo de incoación para incluír como parte interesada á Comisión Nacional da Competencia.
 6. O 29 de marzo de 2012, a Subdirección de Investigación formula o Prego de Concreción de Feitos, segundo dispón o art. 50.3 da LDC, no que se recollen os antecedentes fácticos que se consideran constitutivos dunha infracción do mencionado texto legal.
 7. Con data do 17 de abril, formula alegacións a entidade denunciada UTE Tanatorio Municipal de Valga nas que, basicamente, expón o seguinte: *a)* a empresa concesionaria non impediu o uso das salas do tanatorio municipal a outras empresas de servizos funerarios; *b)* hai algúns servizos que son "*implícitos*" á empresa concesionaria do tanatorio, que ten a obriga de prestalos; e *c)* a empresa concesionaria limitouse a prestar os servizos de acordo co prego de condicións da concesión municipal do tanatorio.
 8. Con data do 18 de abril, Pompas Fúnebres Europeas presentou escrito de alegacións no que comunica a caducidade do expediente sancionador aberto polo Concello de Valga polo presunto incumprimento das condicións da concesión por parte de UTE Tanatorio de Valga.
 9. O 2 de maio, a Subdirección de Investigación formula Proposta de Sanción, ao amparo do art. 50.4 da LDC, na que considera que UTE Tanatorio Municipal de Valga incorreu en dúas infraccións moi graves da LDC: un abuso de posición dominante prohibido polo art. 2 da LDC e unha conduta colusoria con Pompas Fúnebres de Padrón, sancionada polo art. 1 da LDC.
 10. Os días 22 e 25 de maio, Pompas Fúnebres Europeas e UTE Tanatorio Municipal de Valga formulan, respectivamente, as súas alegacións á Proposta de Sanción formulada pola Subdirección de Investigación.
 11. Nas súas reunións de 31 de maio e 9 de xullo de 2012, o Pleno do Consello Galego da Competencia deliberou e pronunciouse sobre o presente asunto.



FEITOS PROBADOS

Considéranse feitos probados, no presente expediente, os seguintes:

1. O 10 de maio de 2010 o Concello de Valga e a UTE Tanatorio Municipal de Valga asinan o contrato de xestión de servizos públicos do tanatorio municipal do devandito municipio, obrante no expediente, por un prazo de dez anos, prorrogable de mutuo acordo por un período adicional de dez anos. O tanatorio comezou as súas operacións o 4 de agosto de 2010, tal e como se desprende do seu Libro rexistro que obra incorporado ao expediente.
2. Segundo consta no mencionado Libro rexistro do tanatorio, no período comprendido entre o comezo de operacións do tanatorio (4 de agosto de 2010) e ata a data de presentación da denuncia ante o Consello Galego da Competencia (16 de maio de 2011), realizáronse un total de 19 velorios no Tanatorio Municipal de Valga, sen que en ningún deles tivese acceso ás salas do tanatorio unha empresa distinta que non fose UTE Tanatorio Municipal de Valga.
3. Entre o 9 e o 15 de setembro de 2010, UTE Tanatorio Municipal de Valga enviou un Fax á entidade aseguradora Almudena Seguros, obrante no expediente, co seguinte tenor literal: "*Pola presente poñemos no seu coñecemento que (...) segundo indica o Regulamento Regulador do servizo de tanatorio municipal de Valga (...) todos os servizos de decesos das distintas compañías aseguradoras que se realicen no devandito tanatorio, han de ser realizados en exclusividade pola nosa empresa*". O documento ten data do día 9, se ben no escrito de aclaracións enviado pola aseguradora indícase que foi recibido en torno ao día 15 de citado mes de setembro.
4. O 13 de setembro de 2010, a empresa Pompas Fúnebres Europeas prestou un servizo de traslado do cadáver de Dna. M.R.C., dende o Hospital Provincial de Santiago de Compostela, lugar en que se produciu o seu falecemento, ata o tanatorio de Valga, no que por desexo da familia se pretendía facer o velorio. UTE Tanatorio Municipal de Valga denegou a Pompas Fúnebres Europeas o permiso para utilizar unha das salas do tanatorio como velorio, ordenando que deixasen o cadáver na sala de autopsias para realizar a entidade concesionaria o servizo de velorio. Así se desprende das declaracións escritas dos Srs. M.S.S., (director), M.M.M. e J.R.L. (condutores) de Pompas Fúnebres Europeas, nas que se relata, con claridade e coherencia, os feitos que acabamos de expoñer. A pesar de que o Sr. M.S.S. identificou polo seu nome ao seu interlocutor



telefónico no tanatorio de Valga ("Félix") resulta significativo que pola entidade denunciada non se ofrecera testemuño desta persoa, o nome da cal coincide co do administrador da UTE, para que poida desvirtuar os feitos mencionados. En efecto, UTE Tanatorio Municipal de Valga limitouse a negar a veracidade dos feitos e a achegar ao expediente a documentación de que dispón sobre o particular (factura e folla de solicitude do servizo), da cal unicamente se desprende que a empresa que realizou o servizo de transporte do cadáver (Pompas Fúnebres Europeas) non coincide con a que prestou o servizo de tanatorio (a concesionaria denunciada), sen que nada se poida concluír sobre as razóns que levaron á devandita situación.

5. Con data do 27 de setembro, a Asociación de Empresas Funerarias de Pontevedra presentou un escrito no Concello de Valga no que se pon no seu coñecemento o sucedido co cadáver de Dna. M.R.C., recordando que lles foi denegado o uso das súas salas co argumento de que *"neste tanatorio, só podían atender eles o servizo completo ao ter a exclusividade da súa utilización"*. Na carta expónse, así mesmo, que *"a concesionaria do tanatorio (...) só obtivo a concesión para o uso do tanatorio municipal e non como pretenden, para xestionar o servizo funerario completo; polo tanto, non pode nin impedir nin dificultar o traballo a calquera outra empresa (...) que legalmente poida realizar servizos funerarios"*. O día 26 de novembro de 2010 tivo entrada no Rexistro municipal de Valga un novo escrito no que se reitera o afirmado e se urxe ao Concello a adoptar medidas para *"regularizar a cuestión formulada"*. Ambos os dous escritos foron achegados pola denunciante.
6. O 20 de maio de 2011, realizouse unha manifestación de coches fúnebres para protestar pola imposibilidade de prestar os seus servizos no tanatorio de Valga de propiedade municipal. Obra no expediente fotocopia do *Diario de Pontevedra* na que se informa da manifestación organizada pola Asociación de Empresarios de Pompas Fúnebres da provincia de Pontevedra.
7. O 24 de maio de 2011, o alcalde de Valga contesta aos escritos presentados no Concello pola Asociación Provincial, o último de data 28 de abril, afirmando que: *"a concesión da xestión do servizo público de Tanatorio Municipal a favor da UTE leva consigo a explotación do citado tanatorio con carácter exclusivo e excluínste polo concesionario"*. Así mesmo, sostén que *"o Concello de Valga resérvase o dereito ás accións que estime oportunas contra a Asociación polas aldraxes e calumnias recollidas nos panfletos contra o Concello e o seu Alcalde"*.



8. O 15 de xuño de 2011, o alcalde de Valga enviou unha carta aos seus veciños, obrante no expediente, na que -en aparente contradición cos seus anteriores escritos- comunícalles a apertura dun expediente sancionador UTE Tanatorio Municipal de Valga polos feitos acontecidos en relación co traslado e velorio do cadáver de Dna. M.R.C.
9. UTE Tanatorio Municipal de Valga, con posterioridade á incoación do presente expediente sancionador, con data do 30 de setembro de 2011, remitiu á Subdirección de Investigación un escrito no que, ao tempo que afirma que é falso que denegara a posibilidade de operar no tanatorio do que é concesionaria a outras empresas, manifesta que -non obstante- tería dereito a impedi-lo por canto, na súa opinión, o Regulamento Regulador do Servizo de Tanatorio Municipal e o prego de condicións da concesión establecen que "*hai unha serie de servizos que son implícitos á entidade adxudicataria con carácter exclusivo e excluín-te*".

FUNDAMENTOS DE DEREITO

CARÁCTER UNILATERAL OU MULTILATERAL DA CONDUCTA

1. Antes de entrar no fondo do asunto, é preciso determinar se as empresas obxecto do presente expediente forman parte dunha "unidade económica", aos efectos de aplicar o art. 2 da LDC ou se, pola contra, entre ambas as dúas non existe a devandita unidade e a UTE pode ser examinada como un pacto entre dúas empresas rivais, nos termos previstos polo art. 1 da LDC.
2. No Dereito da competencia, considérase que estamos en presenza dunha única empresa cando, a pesar de existir -xuridicamente ou de feito- varias entidades, todas elas forman parte dunha "unidade económica". Como sinalou reiteradamente a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Comunidades Europea dende a súa célebre sentenza *Centrafarm* (Asunto 15/74, do 31 de outubro de 1974), estamos en presenza dunha unidade económica cando as distintas entidades que a integran "*carecen de liberdade para decidir a súa conduta no mercado*" e os acordos ou condutas realizados por elas "*son o resultado da asignación de tarefas entre as empresas que forman unha unidade*".
3. No caso que se nos presenta, entre as entidades que realizaron as condutas obxecto de denuncia, existe unha indubidable falta de independencia, tanto estrutural como contractual, que lles impide ter liberdade para decidir as súas condutas no mercado. Dende un punto de vista contractual, Ambulancias Iria Flavia e Pompas Fúnebres Padrón han constituído unha UTE para concorrer a un concurso para a xestión do



tanatorio municipal de Valga, da que resultaron concesionarias, de aí que as mesmas se atopen estreitamente vinculadas na xestión do devandito establecemento, ata o punto de que a duración da UTE é igual á da concesión e designaron un administrador único, D. Félix. Dende un punto de vista estrutural, as dúas mercantís mencionadas presentan estreitos vínculos pois comparten obxecto social, domicilio social e órganos de administración. Respecto desta última cuestión, cabe recordar que a administradora única de Ambulancias Iria Flavia é Dña. Ana María e que, no caso de Pompas Fúnebres Padrón, son conselleiros-delegados D. Manuel e D. Félix (tamén administrador único da UTE) e secretaria do consello Dña. Ana María. Así as cousas, entendemos que Ambulancias Iria Flavia carece de independencia para tomar decisións sobre a xestión do tanatorio de Valga, carecendo polo tanto de liberdade para actuar independentemente de Pompas Fúnebres Padrón, de aí que as mesmas formen parte dunha "unidade económica" aos efectos de aplicar a LDC.

4. A anterior conclusión lévanos a considerar que non existiu unha conduta colusoria entre Ambulancias Iria Flavia e Pompas Fúnebres Padrón, aos efectos de aplicar o art. 1 da LDC, pero si pode ter lugar un abuso de posición dominante cometido pola unidade económica que forman no mercado examinado (tras a formación da UTE Tanatorio Municipal de Valga), sempre que concorran os elementos que esixe o art. 2 da LDC, a saber, unha posición de dominio no mercado e unha explotación abusiva da devandita situación de preeminencia económica. Para poder pronunciarnos sobre ambos os dous elementos, é preciso delimitar, con carácter previo, o mercado relevante aos efectos do presente expediente.

PROHIBICIÓN DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

5. O art. 2 da LDC prohíbe as condutas abusivas das empresas dominantes. A sentenza *United Brands* do Tribunal de Xustiza (14 de febreiro de 1978, asunto 27/76) define a posición dominante como "*unha situación de poder económico que permite a unha empresa actuar en boa medida de forma independente dos seus competidores e clientes*". Polo tanto, se unha empresa é dominante nun mercado pode limitar a súa produción e conseguintemente aumentar os seus prezos por enriba do nivel que terían nun mercado competitivo, sen que existan competidores que poidan contrarrestar este efecto e sen provocar por iso a entrada de novos competidores no mercado. Noutras palabras, existe posición de dominio cando unha empresa pode aumentar os seus prezos sen que a perda de vendas que vai experimentar por esta medida, lle prive dos beneficios que obtén co aumento.



1. - Posición dominante

6. Na práctica, para determinar se unha empresa goza de poder de mercado é preciso, en primeiro lugar, identificar o “mercado relevante” porque unha empresa só exerce a súa influencia respecto do mercado particular no que vende ou compra os seus produtos e servizos. E, en segundo lugar, é necesario determinar se goza dunha posición de poder económico no devandito mercado.

1.1. - Definición do mercado relevante

7. O mercado relevante é un concepto que permite identificar os competidores reais das empresas examinadas. A *Comunicación* da Comisión Europea 97/C 372/03 *sobre definición do mercado relevante* ofrece as pautas para unha correcta delimitación dos mercados afectados por unha conduta susceptible de restrinxir a competencia. De acordo con este documento, para a delimitación do mercado relevante é preciso ter en conta, dun lado, os produtos e servizos afectados (“mercado de produto”) e, doutro, o ámbito espacial no que operan as empresas (“mercado xeográfico”).

a) Mercado do produto

8. O mercado do produto comprende *"a totalidade dos produtos e servizos que os consumidores consideren intercambiáveis ou substituíbles en razón das súas características, o seu prezo ou o uso que se prevexa facer deles"*. Para a súa delimitación debe examinarse como afecta á oferta e a demanda dun produto, o aumento pequeno pero significativo dos seus prezos, o denominado "SSNIP test" (*Small but Significant non Transitory Increase in Price*). Se un pequeno aumento no prezo dun produto X fai que os consumidores (a demanda) compren Y, iso significa que X e Y están no mesmo mercado ou, o que é o mesmo, que se trata de produtos substitutivos ou intercambiáveis. Así mesmo deben observarse as consecuencias que ten o pequeno aumento do prezo dende o punto de vista da oferta dado que -en ocasións- os produtos non son substituíbles aos ollos do consumidor, pero si o son para os produtores. Polo tanto, se o aumento do prezo dun produto X provoca que os fabricantes de Y comencen a fabricar X atraídos pola alza do seu prezo, iso tamén significa que ambos os dous produtos pertencen ao mesmo mercado. A delimitación do mercado debe ter en conta tanto a substituíbilidade do produto dende o punto de vista da demanda, como da oferta.
9. A Comisión Nacional da Competencia pronunciouse reiteradamente sobre a delimitación do mercado relevante no ámbito dos servizos afectados por este expediente. Así, no seu Informe do 20 de outubro de 2004 sobre a



concentración C-85/04-Intur/euro Stewart, o Tribunal de Defensa da Competencia (hoxe Comisión Nacional da Competencia), alude á existencia dun mercado de "servizos mortuorios" que inclúe todas as actividades necesarias dende o falecemento dunha persoa ata o momento en que recibe sepultura ou é incinerada e no que cabe diferenciar -como mercados separados- os servizos funerarios (que inclúe, entre outros, o traslado de cadáveres fóra do termo municipal), os servizos de tanatorio e os de cemiterio.

10. Continuando con informe comentado, reiterado posteriormente en diversas resolucións, estes mercados poden definirse do modo seguinte:
 - a) servizos funerarios, entre os que se atopan o acondicionamento dos cadáveres, amortallamento, subministración de féretros, ataúdes, arcas e urnas, enferetramiento, servizos de coches fúnebres e organización do acto do enterro, subministración de flores e coroas, traslado de cadáveres fora do termo municipal e dilixencias para o rexistro da defunción e autorización da sepultura;
 - b) Servizos de tanatorio, que comprende o velorio dos falecidos en axeitadas condicións hixiénico-sanitarias, e as prácticas para o tratamento dos cadáveres de conformidade co autorizado polas leis;
 - c) Servizos de cemiterio, que son os realizados dende a descarga do féretro ata o enterramento, así como a redución en nichos e en sepulturas. Trátase dun servizo público obrigatorio que debe prestarse en todos os municipios, se ben cabe a competencia coa iniciativa privada.

11. No caso que nos ocupa, o mercado do produto relevante está constituído polos servizos do tanatorio, na medida en que a conduta do UTE Tanatorio Municipal de Valga consiste na denegación de acceso ás salas do tanatorio municipal ás empresas rivais (para prestar o devandito servizo aos seus clientes) e non garda relación con outros servizos mortuorios, xa sexa servizos funerarios ou de cemiterio.

b) Mercado xeográfico

12. En segundo lugar, os mercados tamén deben delimitarse dende un punto de vista xeográfico, co fin de determinar se as empresas de distintas zonas constitúen unha fonte de subministración alternativa para os consumidores. O mercado xeográfico de referencia defínese como "*a zona na que as empresas afectadas desenvolven actividades de subministración dos produtos e de prestación dos servizos de referencia, na que as condicións de competencia son suficientemente homoxéneas e que pode distinguirse doutras zonas xeográficas próximas debido, en particular, a que as condicións de competencia nela prevalecientes son sensiblemente distintas a aquelas*". A delimitación do mercado xeográfico baséase igualmente na análise da substitución da oferta e da demanda como consecuencia da alteración dos prezos, debendo responder á pregunta de



se os clientes transferirían os seus pedidos a empresas noutras localizacións ou se estas presentarían a súa oferta atraídas por o alzo prezo ofrecido polos provedores locais. Dende o punto de vista da oferta, analízanse os obstáculos que poden ter os produtores doutras localizacións para realizar as vendas nun territorio ou os obstáculos normativos para instalarse. Dende o punto de vista da demanda, obsérvanse as pautas de conduta dos consumidores e os distintos factores que poden explicar a súa preferencia por produtos dunha determinada zona.

13.A doutrina da Comisión Nacional da Competencia sobre o particular é tamén moi clara ao considerar que o mercado de servizos de tanatorio -e, en xeral, os servizos mortuorios- ten ámbito local, xa sexa restrinxido a unha localidade, xa á totalidade do termo municipal. Así, na Sentenza da Audiencia Nacional, do 31 de marzo de 2010 (FD 9º), que confirma a resolución da CNC do 3 de marzo de 2009, Expte. 650/08 - *Funerarias Baleares* (AH 1º) sinálase que "os mercados descritos de servizos funerarios, de tanatorio e de cemiterio son de ámbito local". Véxase, no mesmo sentido, e sen ánimo de ser exhaustivos, as Resolucións do TDC/CNC do 13 de novembro de 2002-*Funerarias Vigo*, FD 3º, na que se considera que o mercado xeográfico relevante é o da cidade de Vigo; ou do 20 de xuño de 2001, Expte. 495/00-*Velorios Madrid*, FD 4º, no que se indica o municipio de Madrid.

14.Con estes antecedentes, cabe concluir que o mercado xeográfico relevante no presente asunto ten tamén carácter eminentemente local e está delimitado polo municipio de Valga.

1.2. - Exame do poder do mercado

15.Unha vez definido o mercado relevante, o seguinte paso para aplicar o art. 2 da LDC consiste en determinar se a empresa obxecto do expediente é dominante. Segundo a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza e a práctica das autoridades de competencia, os principais factores a ter en conta para avaliar o poder de mercado das empresas son a cota de mercado, a elasticidade da demanda e as barreiras de entrada.

16.A cota de mercado dunha empresa, é dicir, a porcentaxe do total de vendas nun mercado que realiza unha empresa en particular, constitúe o factor máis relevante á hora de analizar se ten poder de mercado. A definición do mercado relevante analizada no apartado anterior permite precisar os provedores e clientes que actúan nun mercado e, deste modo, pódese calcular o seu tamaño total, para despois determinar a porcentaxe que representa un operador en particular.



17. Aínda que non existe unha cota de mercado concreta que permita concluír automaticamente que unha empresa dispón do poder do mercado, a análise da xurisprudencia comunitaria permite establecer certas xeneralizacións: a) cotas do mercado moi elevadas (máis do 75% do mercado relevante) levan á conclusión de que existe poder de mercado sen necesidade de maiores indagacións; b) cotas do mercado elevadas (máis do 50%) considérase que *a priori* demostran a existencia do poder do mercado, sempre que non haxa probas noutro sentido; e c) cotas do mercado medianas (menos do 40%) adoitan dar a entender que non existe poder do mercado, salvo que o resto do mercado estea moi fragmentado. Así, por exemplo, na sentenza do 13 de febreiro de 1979 no asunto *Hoffman-La Roche*, o TJCE estimou que unha cota do 47% era suficiente para concluír que existía poder de mercado a teor da reducida cota das empresas rivais.
18. No presente asunto, a posición de dominio de UTE Tanatorio Municipal de Valga resulta acreditada pola elevadísima cota de mercado de que dispón, ao ser concesionaria do único tanatorio existente neste. Noutras palabras, a empresa denunciada prestou todos os servizos de tanatorio na área xeográfica relevante dende o comezo da súa actividade, de aí que poida concluírse que a súa cota de mercado alcanza o 100%.
19. Para determinar se unha empresa ten poder do mercado é frecuente, como xa indicamos, recorrer tamén á análise das barreiras á entrada de novos competidores no mercado. Cando a entrada a un mercado é doada, é difícil concluír que unha empresa poida exercer un poder do mercado porque calquera intento pola súa parte de aplicar un prezo excesivo pode ser inmediatamente contrarrestado por outras empresas que, malia non estar presentes no mercado (competidores potenciais) acudirían rapidamente atraídas polos elevados prezos impostos pola empresa poderosa. Pola contra, cando a entrada no mercado é complicada, a empresa pode establecer máis doadamente prezos elevados porque os seus competidores potenciais non se atopan en disposición de contrarrestar o seu exercicio de poder do mercado.
20. A posición de dominio de UTE Tanatorio Municipal de Valga se ve reforzada pola existencia dunha barreira de entrada de natureza administrativa: a titularidade municipal do tanatorio. A devandita circunstancia supón unha barreira de entrada por canto os potenciais competidores terían que construír un tanatorio privado para poder ter acceso ao mercado polos seus propios medios, mentres que UTE Tanatorio Municipal de Valga utiliza as instalacións municipais en réxime de concesión, sen necesidade -polo tanto- de asumir os custos fixos vinculados á titularidade do seu propio tanatorio.



2. - Explotación abusiva da posición dominante

21. Segundo dispón a *Comunicación 2009/C 45/02 sobre as prioridades no control da Comisión (Europea) na súa aplicación do art. 82 do Tratado CE á conduta excluínate abusiva das empresas dominantes*, a denegación de acceso ou subministración realizada por unha empresa en posición dominante constitúe un abuso de posición dominante cando é susceptible de eliminar a competencia no mercado e non está xustificada en termos de eficiencia. Polo tanto, para apreciar a existencia dunha infracción do art. 2 da LDC, é necesaria a concorrencia, basicamente, dos catro elementos seguintes: a) conduta denegatoria; b) necesidade obxectiva do produto ou servizo; c) restrición da competencia; e d) ausencia de xustificación económica da conduta (véxase, sobre o particular, o noso traballo, F. GARCÍA CACHAFEIRO, "Negativa de venda ou subministración e abuso de posición dominante" publicado en VV.AA., *El Derecho mercantil no umbral do SXX: Homenaxe ao Prof. Carlos Fernández-Novoa*, Marcial Pons, 2010, pp. 307 e ss.).

2.1. - Denegación de acceso ás salas do tanatorio

22. UTE Tanatorio Municipal de Valga denegou o acceso ás salas do tanatorio municipal do que é concesionaria a outras empresas do sector.

23. En efecto, UTE Tanatorio Municipal de Valga utilizou a súa posición dominante no mercado para impedir que outras empresas utilizasen as salas do tanatorio. A devandita negativa resultou acreditada, en primeiro lugar, no caso dos servizos relacionados co cadáver de Dña. M.R.C., no mes de setembro de 2010, no que non se permitiu a Pompas Fúnebres Europeas o acceso a unha das salas de tanatorio para prestar os seus servizos, a pesar de realizar o servizo de transporte do cadáver a petición da familia da falecida.

24. En segundo termo, tal denegación de acceso non constitúe un feito illado senón que, antes ao contrario, é parte dunha política xeral mantida por UTE Tanatorio Municipal de Valga respecto do tanatorio do que é concesionaria. Boa mostra diso é o Fax enviado á entidade aseguradora Aurora, no mesmo mes de setembro, no que lle comunica que "todos os servizos de *decesos das distintas compañías aseguradoras que se realicen no devandito tanatorio, han de ser realizados en exclusividade pola nosa empresa*". Téñase en conta, a estes efectos, que no caso de falecemento dunha persoa que ten contratado un seguro de decesos, é a entidade aseguradora a encargada de custear todos os gastos relacionados co seu falecemento, de aí que a carta enviada teña unha finalidade inequívoca de garantir que, para o caso de falecemento dun asegurado veciño de Valga,



a compañía de seguros abstéñase de contratar o servizo de tanatorio cunha empresa rival de UTE Tanatorio Municipal de Valga.

25. En terceiro lugar, unha comprobación do Libro rexistro do tanatorio municipal obxecto do presente expediente permite comprobar o éxito que tivo na práctica a devandita política exclusionaria, denunciada pola asociación de empresas funerarias da provincia, pois todos os servizos de tanatorio prestados no tanatorio municipal dende a súa inauguración, foron prestados por UTE Tanatorio Municipal de Valga, sen que outras empresas da competencia tiveran acceso ás súas salas.
26. Finalmente, as manifestacións da entidade denunciada incorporadas ao expediente resultan, así mesmo, indicativas da vontade de impedir o acceso ás salas do tanatorio municipal ás empresas da competencia pois, aínda que é certo que nega que denegara o acceso a ningunha empresa, non o é menos que o principal argumento esgrimido ante o Consello Galego da Competencia para xustificar a súa conduta vén determinado pola circunstancia de que considera que o contrato de concesión e o Regulamento Regulador do Servizo de Tanatorio Municipal e o prego de condicións da concesión establecen que "*hai unha serie de servizos que son implícitos á entidade adxudicataria con carácter exclusivo e excluínste*". Liña argumental que é compartida polo Concello de Valga, para o cal a concesión dos servizos de tanatorio realizouse en réxime de exclusiva.

2.2. - Necesidade obxectiva do produto ou servizo

27. Como sinala o Tribunal de Xustiza no caso *Oscar Bronner* (*sentenza* do 26 de novembro de 1998), a negativa de venda ou subministración é abusivo cando afecta a un produto ou servizo que é "obxectivamente necesario" para que as empresas poidan competir eficazmente no mercado. Considérase que un produto ten o devandito carácter cando non existen no mercado substitutivos reais ou potenciais que permitan aos competidores contrarrestar a denegación da venda polo operador dominante. O termo utilizado na Comunicación 2009/C 45/02, "necesidade obxectiva do produto", parece desprazar hoxe a noción de "recurso ou infraestrutura esencial" (*essential facility*) coa que habitualmente se aludía a este requisito e que foi utilizada en numerosas ocasións pola Comisión Nacional da Competencia respecto dos tanatorios.
28. En efecto, entre outras, nas súas resolucións do 20 de xuño de 2001, Expte. 495/00-*Velorios Madrid* e do 5 de xullo de 2001, Expte. 498/00-*Funerarias de Madrid*, comentadas na súa resolución do 11 de outubro de 2007, Expte. 616/06 -*Tanatorios Castellón*, FD 7º, entre outras, a Comisión Nacional da Competencia "*considerou que cando os tanatorios son xestionados por unha empresa en réxime de monopolio e as funerarias*



carentes destes servizos (de tanatorio) o demandan, (os tanatorios) poden ser instalacións esenciais (...) para o caso de prestación de servizos de tanatorio a funerarias con cadáveres en tránsito" (a cita é desta última).

29.A consideración dun produto ou servizo como "esencial", como sucede cos tanatorios, supón que a empresa titular/concesionaria deste ten a obriga legal de permitir o acceso a outras empresas, neste caso, outros prestadores de servizos de tanatorio, en condicións non discriminatorias.

2.3. - Restrición da competencia

30.Cando a negativa de venda ou subministración afecta a un produto ou servizo obxectivamente necesario para competir nun mercado, a Comunicación 2009/C 45/02 considera que "xeralmente" elimina a competencia efectiva neste. Neste caso, o efecto negativo para a competencia tradúcese nun peche horizontal do mercado que impide o acceso a este ás empresas que compiten coa UTE Tanatorio Municipal de Valga no mercado de servizos de tanatorio.

31.Os usuarios do servizo de tanatorio no Concello de Valga resultan prexudicados pola restrición da competencia que acabamos de indicar pois, como consecuencia da conduta da entidade concesionaria, non poderán elixir entre as distintas ofertas das empresas prestamistas dos devanditos servizos.

2.4. - Ausencia de xustificación económica da conduta

32.Na Comunicación 2009/C 45/02 que vimos comentando, a Comisión Europea recoñece a necesidade de valorar as circunstancias que poderían xustificar a conduta da empresa dominante, xa sexa referidas ás necesidades obxectivas do produto, a factores subxectivos do operador dominante ou dos seus competidores, así como ás melloras en termos de eficiencia que supón a conduta para o mercado e os consumidores.

33.Non obstante, UTE Tanatorio Municipal de Valga non alegou ningunha razón económica que puidese xustificar a denegación de acceso ás salas do tanatorio (como por exemplo, limitacións de capacidade ou de custo para atender as demandas de acceso dos seus rivais), senón que se limitou a indicar que a súa negativa está amparada polo contrato de concesión e o regulamento de uso do tanatorio.

34.Como indica a Subdirección de Investigación na súa Proposta de Resolución, non pode acollerse a devandita argumentación por canto *"esquece a diferenza entre outorgamento de dereito exclusivos e imposición de deberes de servizo ao concesionario"*. En efecto, "as (...)



actividades citadas no artigo 7 do Regulamento non constitúen dereitos exclusivos ou monopolísticos, senón deberes de servizo impostos pola normativa do contrato para garantir a súa prestación aos usuarios do tanatorio de Valga”

35. Por outro lado, a interpretación do contrato e do subseguinte regulamento de uso que realizada a entidade denunciada resulta incompatible coa liberalización dos servizos funerarios operada pola *Lei 24/2005, do 18 de novembro, de Reformas para o impulso á produtividade*, todo iso sen prexuízo de que se leve a cabo unha liberalización máis profunda en virtude do mandato incluído na Disposición Adicional Sétima da *Lei 25/2009, do 22 de decembro, de modificación de diversas Leis para a súa adaptación á Lei sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio* (a denominada *Lei Ómnibus*).
36. En virtude de todo o anterior, cabe concluír que UTE Tanatorio Municipal de Valga ostenta unha posición dominante no mercado de servizos de tanatorio no municipio de Valga e que abusou da devandita posición ao denegar o acceso ás súas salas a empresas rivais, o que constitúe unha infracción da letra c) do parágrafo 2º do artigo 2 da Lei de defensa da competencia, na virtude da cal se considera abusiva: "*a negativa inxustificada a satisfacer as demandas de compra de produtos ou de prestación de servizos*".

CUALIFICACIÓN DA INFRACCIÓN

37. A teor do disposto no art. 62.2 da LDC, o abuso de posición de dominio tipificado no seu art. 2, ten a consideración de infracción moi grave cando: "*o mesmo sexa cometido por unha empresa que opere nun mercado recentemente liberalizado, teña unha cota de mercado próxima ao monopolio ou goce de dereitos especiais ou exclusivos*".
38. No presente asunto danse dous das circunstancias que sinala o art. 62.2 da LDC para considerar unha infracción moi grave o abuso de posición dominante. En primeiro lugar, UTE Tanatorio Municipal de Valga ten unha cota de mercado próxima ao monopolio, toda vez que é a única operadora presente no mercado relevante, definido como a prestación de servizos de tanatorio no municipio de Valga.
39. En segundo lugar, UTE Tanatorio Municipal de Valga é concesionaria dun tanatorio de titularidade municipal, polo que goza de dereitos especiais ou exclusivos que non están ao alcance de potenciais competidores no mercado relevante.



40. Debemos recordar que as Administracións Públicas teñen a obriga legal de promover a competencia nos mercados e, en consecuencia, que o outorgamento dunha concesión administrativa para a explotación dun servizo municipal non pode utilizarse como escusa para tratar de subtraer o devandito servizo do xogo da libre competencia. En consecuencia, entendemos que resulta reprobable a conduta do Concello de Valga no presente expediente, o cal non só se abstivo de adoptar medida ningunha ante as reiteradas queixas motivadas pola conduta da entidade concesionaria senón que, antes ao contrario, en todo momento defendeu o dereito desta a explotar a concesión en réxime de exclusiva, impedindo o acceso a outros operadores ao tanatorio de titularidade municipal.

CUANTIFICACIÓN DA SANCIÓN

41. Para o cálculo da sanción que corresponde á infracción descrita, o Consello Galego da Competencia aplica a *Comunicación da Comisión Nacional da Competencia sobre a cuantificación das sancións*. De acordo con esta Comunicación, o importe básico da sanción virá determinado pola aplicación dos criterios sinalados nas letras a) a e) do artigo 64.1 da LDC tendo en conta, por tanto, a dimensión e características do mercado afectado, a cota de mercado do infractor, o alcance da infracción, a súa duración e os seus efectos. Este importe básico calcularase como unha proporción do volume de vendas afectado pola infracción. O volume de vendas afectado pola infracción é a suma ponderada das vendas obtidas polo infractor nos mercados de produto ou servizo e xeográficos onde a infracción producira ou sexa susceptible de producir efectos durante o tempo que tivera lugar e antes da aplicación do IVE.

42. No caso en cuestión, o mercado no que a infracción produciu os seus efectos é o dos servizos mortuorios prestados con ocasión da utilización das instalacións do tanatorio de Valga. Neste sentido hai que ter en conta que como consecuencia da práctica prohibida consistente na denegación de acceso ás salas do tanatorio ás empresas funerarias que non forman parte da UTE, todos os servizos mortuorios (incluídos os servizos funerarios, de tanatorio e de cemiterio) foron prestados por unha das empresas integrantes desta (Pompas Fúnebres de Padrón). Desta forma, a conduta produciu o efecto de excluír toda competencia no mercado de referencia.

43. Como consecuencia da súa situación de monopolio e do peche do mercado á competencia, unha das empresas integrantes da UTE (Pompas Fúnebres de Padrón) prestou todos os servizos mortuorios relacionados cos cadáveres velados no tanatorio de Valga do que é concesionaria. Dende a súa posta en funcionamento en 2010 ata a data da denuncia (16 de maio de 2011), a UTE prestou 19 servizos de tanatorio, 8 no ano 2010 e



11 entre o 1 de xaneiro e o 16 de maio de 2011. Estes servizos xeráronlle a Pompas Fúnebres de Padrón unha facturación de 47.356,38 euros, IVE excluído. Deles, 19.149,2 euros corresponden ao ano 2010 e 28.207,18 ao 2011. Este cálculo realízase a partir dos datos proporcionados pola propia empresa.

44. Para determinar o importe básico da sanción hai que ter en conta as seguintes circunstancias: en primeiro lugar, a conduta levada a cabo pola UTE está tipificada pola LDC como moi grave. En segundo lugar, a conduta tivo efectos no mercado impedindo a entrada de competidores, que *de facto* se viu bloqueada. Finalmente, a infractora ostenta no mercado unha situación de monopolio que se ve reforzada pola existencia dunha concesión administrativa. Á vista destas circunstancias, o Consello Galego da Competencia estima que a porcentaxe a aplicar para o cálculo do importe da sanción debe ser o 20%. Esta porcentaxe aplicarase ás cifras de negocio afectado pola infracción, debidamente ponderadas nos termos que establece a *Comunicación sobre a cuantificación das sancións*. Así, o volume de negocios do último ano no que se ten constancia de que se cometeu a infracción considerarase na súa totalidade (2011) mentres que o do ano anterior se ponderará ao 0,75% (2010). De todo iso resulta unha sanción de 8.513 euros.

En consecuencia, o Consello Galego da Competencia coa composición recollida ao principio, vistos os preceptos citados e os demais de xeneral aplicación,

RESOLVE

Primeiro: Declarar que UTE Tanatorio Municipal de Valga infrinxiu o art. 2.2 letra c) da Lei de defensa da competencia a denegar inxustificadamente o acceso as salas do tanatorio municipal do que é concesionaria, ás empresas da competencia.

Segundo: Declarar que a devandita infracción ten a consideración de moi grave, en virtude do disposto no art. 62.2 da LDC, dado que UTE Tanatorio Municipal de Valga ten unha cota de mercado próxima ao monopolio no mercado relevante e goza de dereitos especiais ou exclusivos.

Terceiro: Impoñer de xeito solidario a UTE Tanatorio Municipal de Valga e ás dúas mercantís que a integran, Pompas Fúnebres Padrón e Ambulancias Iria Flavia, como autoras da conduta infractora, unha multa sancionadora por importe de 8.513 euros.



Cuarto: Intimar a UTE Tanatorio Municipal de Valga e ás dúas mercantís que a integran, Pompas Fúnebres Padrón e Ambulancias Iria Flavia, para que cesen na conduta e, a partir deste momento, se absteñan de realizar prácticas como a sancionada que poidan obstaculizar a competencia.

Quinto: Instar á Subdirección de Investigación para que vixie e coide do cumprimento íntegro desta resolución.

Comuníquese esta Resolución á Subdirección de Investigación do CGC e notifíquese aos interesados facéndolles saber que contra esta non cabe recurso ningún en vía administrativa, podendo interpoñer recurso contencioso-administrativo nos termos previstos na *Lei 29/1998, do 13 de xuño, reguladora da xurisdición administrativa*, o cal -por imperativo do art. 31.2 da *Lei 1/2011, do 28 de febreiro, reguladora do Consello Galego da Competencia*- ha de interpoñerse ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.