



Resolución R 3/2014 – Tanatorio de Catoira

Pleno:

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

En Santiago de Compostela, a 4 de julio de 2014.

El Consello Galego da Competencia (CGC), con la composición arriba expresada y siendo ponente D. Fernando Cachafeiro García, ha dictado la siguiente Resolución en los Expedientes S7/2012 y S20/2012, que trae su causa en la denuncia presentada por la Asociación de Empresarios de Pompas Fúnebres de la provincia de Pontevedra contra Pompas Fúnebres de Arosa, SL por la realización de conductas contrarias a la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia* en la gestión del tanatorio municipal del que es concesionaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 11 de abril y el 5 de octubre de 2012 la Asociación de Empresarios de Pompas Fúnebres de la provincia de Pontevedra presentó en el Registro del Consello Galego da Competencia sendas denuncias contra Pompas Fúnebres de Arosa, SL, por presunta infracción de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) en la explotación, en régimen de concesión administrativa, del tanatorio municipal del ayuntamiento de Catoira. Según la denunciante, la conducta restrictiva de la competencia en la que ha incurrido la concesionaria del tanatorio ha consistido en: a) denegar el acceso a las instalaciones a un vehículo funerario perteneciente a una empresa rival en el mercado de servicios funerarios; b) imponer un precio excesivo a las empresas rivales que desean utilizar las instalaciones del tanatorio municipal. Respecto de esta cuestión, la denunciante alega que el importe de las tarifas que establece la concesionaria es muy superior al indicado en la Ordenanza fiscal de la concesión.
2. Con fechas de 8 de noviembre de 2012 y 18 de enero de 2013, la Subdirección de Investigación del CGC acordó incoar los expedientes sancionadores S 7/2012 y S 20/2012, respectivamente, frente a Pompas Fúnebres de Arosa, S. L., posteriormente acumulados por resolución de 21 de enero de 2013.
3. En fecha de 18 de julio de 2013, la Subdirección de Investigación del CGC acordó ampliar el expediente frente al Ayuntamiento de Catoira por la realización de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

4. El 26 de noviembre de 2013, la Subdirección de Investigación elevó al Pleno de *Consello Galego da Competencia* su Propuesta de Resolución en la que literalmente se concluye que:
“Tras el análisis de la documentación contenida en el expediente, el SUBDIC solicita que el Pleno del Consejo Gallego de la Competencia:
PRIMERO. Declare la existencia de una infracción grave, de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.3.a) LDC, por la comisión de una práctica colusoria señalada en el artículo 1.1.d) LDC y señale como responsables a la empresa Pompas Fúnebres de Arosa, S.L y al Ayuntamiento de Catoira.
SEGUNDO. Subsidiariamente, y para el caso de que no estime la existencia de una práctica colusoria, declare la existencia de una infracción muy grave, conforme al artículo 62.4.b) LDC, por la comisión del abuso de posición de dominio previsto en el artículo 2.2. d) LDC y señale como responsable a la empresa Pompas Fúnebres de Arosa, S.L.
TERCERO. Que se archiven las actuaciones seguidas en el procedimiento 7/2012 en cuanto a la denuncia contra Pompas Fúnebres de Arosa, S.L., por abuso de posición de dominio en la modalidad de denegación de acceso al Tanatorio Municipal de Catoira.
CUARTO. Intime a las partes para que cesen en las prácticas anticompetitivas y se abstengan de cometerlas en el futuro.”
5. En fecha de 25 de marzo de 2014, El Pleno del Consello Galego da Competencia adoptó el acuerdo de instar a la Subdirección de Investigación a que redactase una nueva Propuesta de resolución en la que proponga una exacta calificación jurídica y se identifique a la persona o personas que se consideran responsables de la conducta.
6. En fecha de 21 de mayo de 2014, la Subdirección de Investigación elevó al Pleno del CGC una nueva Propuesta de Resolución, en los términos siguientes:
“PRIMERO. Declare la existencia de una infracción muy grave, de acuerdo con el artículo 62.4.b) LDC, por la comisión del abuso de posición de dominio previsto en el artículo 2.2.d) LDC y señale como responsable a la empresa Pompas Fúnebres de Arosa, SL.
SEGUNDO. Proceda al archivo de las actuaciones seguidas en el procedimiento 7/2012 en cuanto a la denuncia contra Pompas Fúnebres de Arosa, SL, por abuso de posición de dominio en la modalidad de denegación de acceso al Tanatorio Municipal de Catoira.
TERCERO. Intime a las partes para que cesen las prácticas anticompetitivas y se abstengan de cometerlas en el futuro.
CUARTO. Disponga la difusión de la resolución sancionadora, a costa de Pompas Fúnebres de Arosa, SL, en el ámbito y por los medios que estime más convenientes para garantizar la rápida restauración de la competencia”.



7. El Pleno de Consello Galego da Competencia deliberó y se pronunció sobre el presente asunto en su reunión de 4 de julio de 2014.
8. Son interesados, en el presente expediente, los siguientes:
 - Asociación de Empresarios de Pompas Fúnebres de Pontevedra
 - Pompas Fúnebres de Arosa, S. L.
 - Ayuntamiento de Catoira
 - Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ANTECEDENTES DE HECHO

Conforme al Pliego de Concreción de Hechos notificado a las partes y reproducido en el Informe y Propuesta de Resolución elevado al Pleno del Consello Galego da Competencia, se considera acreditados y relevantes para la resolución de este expediente los hechos siguientes:

I. Las partes

9. La entidad denunciante, la Asociación de Empresarios de Pompas Fúnebres de la Provincia de Pontevedra, desempeña su actividad en la provincia de Pontevedra, con capacidad para actuar en representación de sus asociados ante Autoridades y Tribunales de cualquier jurisdicción.
10. La denunciada, Pompas Fúnebres de Arosa, S.L., es una sociedad mercantil de responsabilidad limitada constituida en 1984 con el objeto social de realizar todo tipo de servicios relacionados con las pompas fúnebres y el transporte de enfermos y cadáveres. En su página web se informa de que la empresa abarca todo tipo de servicios del sector funerario.
11. Pompas Fúnebres de Arosa es adjudicataria del contrato de gestión de servicios públicos sobre el tanatorio municipal de Catoira. En su condición de adjudicatario, se comprometió a la construcción y equipamiento del tanatorio, así como a su gestión con arreglo al Pliego de cláusulas administrativas particulares. La duración del contrato es de veinte años a contar desde la fecha de puesta en funcionamiento del servicio, prorrogables por otros veinte.
12. El Ayuntamiento de Catoira es una Corporación Local sita en la provincia de Pontevedra. Como tal, constituye una Administración pública territorial que ejerce su jurisdicción sobre el territorio correspondiente al término municipal de Catoira; ejerce las potestades y funciones y presta los servicios de acuerdo con el dispuesto en la legislación administrativa general, la de régimen local y su normativa propia.

II. Marco normativo relevante

13. El marco normativo del mercado de los servicios funerarios se caracteriza por su dispersión, escasa transparencia y por una amplísima casuística de requisitos para ejercer la actividad. Como afirma la Subdirección de Investigación del CGC en su Propuesta de resolución, la dispersión normativa se debe, principalmente, a los dos factores: a) el mercado contiene multitud de funciones, aspectos y actividades (sanidad mortuoria, transporte, protección de consumidores, etc.) sujetos cada uno de ellos la regulación específica; y b) la distribución competencial entre la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales.
14. La Ley de Bases del Régimen Local atribuye a los municipios las competencias de cementerios y servicios funerarios. En el pasado, la Ley consideraba los servicios mortuorios como servicios esenciales, reservando dicha actividad a las Entidades Locales. Posteriormente, el Real Decreto-Ley 7/1996 sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, liberalizó también los servicios funerarios, eliminando la reserva hasta entonces vigente. Sin embargo, las normas que regulaban las autorizaciones para la prestación de los servicios funerarios con frecuencia establecían exigencias injustificadas que desvirtuaron la liberalización del sector.
15. La Ley 24/2005 de reformas para el impulso de la productividad, dio un nuevo impulso a la liberación en dos aspectos fundamentales: a) el Estado y las Comunidades Autónomas deben fijar los criterios mínimos de acuerdo con los cuales los municipios podrían fijar esos requisitos objetivos y necesarios para obtener la autorización; y b) Los prestadores de servicios autorizados pueden realizar la actividad concreta de traslado de cadáveres en todo el territorio español si cumplen las normas de policía sanitaria mortuoria que resulten aplicables.
16. En el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, el Decreto 134/1998, del 23 de abril, que aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, regula las siguientes materias: a) Toda clase de prácticas sanitarias sobre cadáveres; b) Las condiciones técnico-sanitarias que deben reunir las empresas funerarias, tanatorios, velatorios y crematorios de carácter público el privado en los trabajos que realizan y medios que emplean para el transporte de cadáveres y restos cadavéricos; c) Las condiciones técnico-sanitarias que han de cumplir los cementerios y los demás lugares de enterramiento autorizados; y d) Las normas sanitarias en el tratamiento de los restos cadavéricos.

III. Sector económico

- 17.El sector de los servicios funerarios comprende una pluralidad de actividades. Sin perjuicio de lo que expondremos más adelante, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su Informe de 20 de octubre de 2004 sobre la concentración C-85/04–*Intur/Euro Stewart*, reconoce la existencia de un mercado de *servicios mortuorios* que incluye todas las actividades necesarias desde el fallecimiento de una persona hasta el momento en que recibe sepultura o es incinerada, en el que cabe diferenciar –como mercados separados- los *servicios funerarios* (que incluye, entre otros, el traslado de cadáveres fuera del término municipal), los *servicios de tanatorio* y los *servicios de cementerio*.
- 18.En esta línea, en un Estudio conjunto de los Ministerios de Economía y Sanidad sobre los servicios funerarios en España, de 28 de junio de 2010, se distinguen las siguientes actividades: a) Servicios principales: que incluyen información sobre los trámites administrativos preceptivos de la defunción; prácticas higiénicas en el cadáver y restos humanos; suministro de féretros y demás material funerario; colocación en el féretro y traslados del cadáver y restos humanos; b) Servicios de tanatorio: que incluyen velatorio; tanatopraxia, tanatoestética y demás prácticas sanitarias; depósito de cadáveres; junto con cualquiera que requiera el uso de instalaciones específicas; y c) Servicios complementarios: organización de exequias según usos y costumbres sociales, culturales y religiosas; alquiler de vehículos de acompañamiento; publicación de esquelas; ayuda psicológica, etc.
- 19.En definitiva, el presente expediente afecta al mercado de servicios funerarios o mortuorios, en el que cabe diferenciar dos actividades diferentes: a) el servicio de transporte de cadáveres desde el domicilio en el lugar de fallecimiento al tanatorio, proporcionado por una “empresa de servicios funerarios”; y b) el servicio de tanatorio, suministrado por una “empresa de tanatorio”, si bien es frecuente que una misma empresa preste los dos tipos de servicios.

IV. Hechos

- 20.En el año 2008, el Ayuntamiento de Catoira acuerda licitar, mediante procedimiento abierto, el contrato de gestión de servicios públicos, modalidad de concesión, para la ejecución de la obra y gestión del Tanatorio Municipal de Catoira. Según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), el objeto del contrato es la concesión de la gestión indirecta del servicio público de tanatorio, previa a construcción de la edificación en un terreno municipal. El contrato otorga al concesionario el derecho de uso de las salas del tanatorio y de sus instalaciones en régimen de concesión administrativa. Dicha concesión se otorga por un plazo máximo de 20 años, a contar desde la fecha de puesta en funcionamiento del servicio. Y será prorrogable por otros 20 años, luego de acuerdo de las partes realizado antes de seis meses de la terminación

del primer período y aprobada por el Ayuntamiento en Pleno. El apartado 9 del PCAP dispone que el órgano de contratación aceptará la tarifa “libremente ofertada” por el adjudicatario de la concesión.

21. En fecha 25 de noviembre del 2008, el Pleno del Ayuntamiento de Catoira adoptó por unanimidad el acuerdo de adjudicación del contrato de construcción y gestión del tanatorio municipal, mediante concesión, a la empresa Pompas Fúnebres de Arosa *“en los términos que figuran en el Pliego de Condiciones y en su oferta”*.
22. En la oferta presentada por Pompas Fúnebres de Arosa en el proceso de adjudicación, la Proposición Económica y Referencias (documento 21 del expediente) distingue dos tipos de tarifas relacionadas con el tanatorio de Catoira: a) las tarifas por la *subcontratación* de los servicios de tanatorio, que se aplican con la condición de que *“el servicio sea íntegramente contratado a Pompas Fúnebres de Arosa”*; y b) las tarifas por el *alquiler* de las salas del tanatorio que, por exclusión, se aplican cuando otra empresa realiza algún servicio relacionado con el fallecimiento de una persona. El importe de las tarifas por alquiler de salas es muy superior al que corresponde en caso de subcontratación.
23. Dentro de las tarifas por la subcontratación, el concesionario distingue –a su vez- dos categorías en función de que el servicio sea contratado directamente por el cliente (*tarifas al público*) o por otras empresas de servicios funerarios (*tarifas a profesionales*). Las segundas son ligeramente más baratas que las primeras, con el argumento de que *“los profesionales del sector tienen que tener un margen de beneficio”*. Puesto que en este expediente nos interesa el impacto que las tarifas del concesionario tiene sobre la competencia en general y sobre los rivales, en particular, centraremos nuestra atención únicamente en las tarifas a profesionales.
24. Las diferencias que existen entre las tarifas que se cobran a las empresas rivales por la subcontratación de servicios y por el alquiler de las salas, pueden observarse en la siguiente tabla (los precios incluyen el IVA):



TARIFAS POR SUBCONTRATACIÓN (profesionales y particulares)	TARIFAS POR ALQUILER DE SALA
Sala velatorio, equipo instalación túbulo y personal 420 € (particulares) 400 € (profesionales)	Sala veloria (420 €)
	Uso túbulo refrigerado (180 €)
	Servicio de personal de tanatorio (218,90 €)
Preparación del difunto 78 € (particulares) 80 € (profesionales)	Servicio nocturno (63,80 €)
Gestión 218,90 € (particulares) 98,61 (profesionales)	
Utilización de la capilla <i>Según aranceles de la</i>	
717,7 € (particulares) 577,41 € (profesionales)	1.087,11 € (excluyendo el concepto "exceso 24 horas")

25. El 10 de diciembre de 2008, el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra (BOP) publicó la Ordenanza Fiscal número 11 del Ayuntamiento de Catoira, reguladora de la tasa por el servicio de Tanatorio Municipal. Los precios previstos en dicha normativa no tienen nada ver con los que figuran en la propuesta contractual pues son homogéneos y no dependen de qué empresa funeraria efectúe los servicios funerarios.

26. La prestación del servicio de tanatorio en las instalaciones del Tanatorio Municipal de Catoira comenzó el día 29 de mayo del 2011.
27. El concesionario tiene la obligación de aplicar las tarifas propuestas, sin que pueda modificarlas de manera unilateral. El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) especifica que el concesionario debe atenerse a los precios fijados en la concesión. En concreto, establece que la relación de tarifas ha de autorizarse previamente por el Ayuntamiento y exponerse a la vista del público. Los precios llevarán incorporado el IVA y podrán ser objeto de revisión al final de cada año natural, de acuerdo con el IPC. Explícitamente señala que *“el adjudicatario se obliga a mantener, durante el plazo de duración de la concesión, los precios (...) No caben otras modificaciones que no sean autorizadas expresamente por el Ayuntamiento, para los casos establecidos en el supuesto de restablecimiento del equilibrio económico”*.
28. Sin embargo, la concesionaria reconoce que modificó –en dos ocasiones– las tarifas por el alquiler de las salas del tanatorio. En su correo electrónico de 23 de enero de 2013 (documento 54 del expediente), Pompas Fúnebres de Arosa afirma que *“hasta el 31 de diciembre de 2012”* la tarifa mínima por alquiler de sala pasó a ser de 1.206,79 (IVA incl.) a la que había que sumar los importes complementarios por servicio nocturno o exceso de horas.
29. La tarifa mencionada, supuestamente en vigor hasta finales de 2012, no se corresponde con la tarifa de alquiler de sala que Pompas Fúnebres de Arosa, en respuesta a su solicitud de alquiler, le envió por fax a Funeraria San Antonio en fecha de 2 de agosto de 2012 (documento número 1 del expediente). En el citado documento se indica lo siguiente: *“adjuntamos la nueva tarifa de servicio de alquiler en nuestras instalaciones, válida a partir del día 15 de julio de 2012”*, cuyo importe asciende a 1.475 euros (IVA incl.) al que habría que añadir los importes complementarios por servicio nocturno o exceso de horas.
30. En el año 2013, el concesionario manifiesta que las tarifas por el alquiler de las instalaciones son las mismas que en el 2012 (en su última versión) con un incremento del 2% para reflejar el aumento del índice general de precios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Objeto de la resolución

31. El artículo 2 de la LDC prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante en todo o parte del territorio nacional. El presente expediente tiene por objeto examinar si la política de precios que Pompas Fúnebres de Arosa ha establecido para acceder al tanatorio de Catoira, causa un

perjuicio potencial a los restantes competidores y, en general, a la competencia en el mercado.

Segundo: Cuestión previa

32. Antes de entrar en el fondo del asunto, es preciso aludir a la posible vulneración de las garantías de la denunciada como consecuencia de la imposibilidad de acceder a un documento del expediente. En su escrito de alegaciones a la segunda propuesta de resolución, de 14 de junio de 2014 (documento 144 del expediente) la representación de Pompas Fúnebres de Arosa afirma que: *“el Instructor incurre en una infracción del artículo 31 del Reglamento de Defensa de la Competencia (...) puesto que esta parte no ha tenido acceso al supuesto documento núm. 120”*.
33. El artículo 31 del Reglamento faculta a los interesados para acceder al expediente de todos los documentos que lo integren, a excepción de los secretos comerciales (...) o de cualquier otra información confidencial, mediante su personación en las dependencias de la autoridad de la competencia. En el presente asunto, el administrador de Pompas Fúnebres de Arosa se presentó en las dependencias del *Consello Galego da Competencia* el día 5 de diciembre de 2013 (así consta en acta de comparecencia, documento número 106 del expediente). La propia empresa reconoce que, en su comparecencia, tuvo acceso a los documentos numerados del 1 al 105 del mismo, que eran los que –en aquella fecha– obraban en el expediente. La razón por la que no pudo acceder al documento número 120 es que dicho documento fue remitido a la Subdirección de Investigación por correo electrónico el día 23 de enero de 2014, es decir, con posterioridad a la fecha de su visita. No hay por tanto vulneración alguna del derecho de acceso al expediente que regula el mencionado artículo 31 del Reglamento.
34. Por otra parte, el documento es irrelevante a los efectos de resolver el presente procedimiento. El documento 120 alude a la cuestión de si se ha denegado o no el acceso al tanatorio a una empresa rival por una causa ilegítima (ausencia de certificado de fallecimiento). Durante la instrucción, la Subdirección de Investigación investigó dos posibles conductas abusivas, la denegación de acceso al tanatorio y la fijación de tarifas discriminatorias si bien, al final, únicamente propuso sanción para la segunda conducta al entender que la primera no había sido acreditada. Dado que la denegación de acceso al tanatorio ya no es objeto del presente expediente, la supuesta omisión/pérdida del documento 120 durante la comparecencia de 5 de diciembre de 2013, aunque se hubiese producido, no afectaría al derecho de defensa de Pompas Fúnebres de Arosa.

Tercero: Acreditación de las conductas objeto del expediente

35. Delimitado en estos términos el objeto del expediente, es necesario conocer cuál ha sido el precio de los servicios que la concesionaria del tanatorio municipal ha ofrecido a clientes y empresas reales.
36. Las tarifas contenidas en la Proposición Económica son las que rigen para los servicios del tanatorio municipal desde el comienzo de sus actividades el 29 de mayo de 2011. Así se deduce tanto del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del expediente de contratación, como del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Catoira en el que se adoptó el acuerdo de adjudicar el contrato a Pompas Fúnebres de Arosa. En efecto, en el primero se dice que el órgano de contratación aceptará la tarifa “libremente ofertada” por el adjudicatario de la concesión, mientras que en el segundo se ratifica que se adjudica el contrato de concesión “*en los términos que figuran en el Pliego de Condiciones y en su oferta*”.
37. El análisis de la propuesta económica permite colegir que, durante el año 2011, la tarifa por el alquiler de sala (1.087,11 €) prácticamente dobla a la tarifa por la subcontratación de servicios a profesionales (577,41 €).
38. Posteriormente, a lo largo de 2012, la propia denunciante reconoce que aplicó unas tarifas para el alquiler de las salas de tanatorio diferentes a las previstas en su propuesta económica. En su correo electrónico de 23 de enero de 2012 afirma que el importe del alquiler de sala “hasta finales de 2012” es de 1.206,79 (IVA incl.) a la que había que sumar los importes complementarios por servicio nocturno (70,88 €) o exceso de horas (61,10 € exceso de 24 horas o fracción).
39. Otro documento obrante en autos, el fax enviado por la denunciada el 2 de agosto de 2012 a Funeraria San Antonio, permite comprobar que –al menos desde julio de 2012, la tarifa por el alquiler de sala tampoco era la que figura en la documentación contractual, sino otra que asciende a 1.475 euros (IVA incl.) a la que también habría que añadir los importes complementarios por servicio nocturno (120 €) o exceso de horas (55€ precio por hora o fracción).
40. Durante el año 2013, Pompas Fúnebres de Arosa manifiesta que mantiene la última versión de las tarifas, incrementada en un 2% por el IPC.
41. En definitiva, ha quedado acreditado en el expediente que la tarifa por el alquiler de salas prácticamente triplica la tarifa por subcontratación o, lo que es lo mismo, que la empresa que desee prestar servicios de tanatorio en el ayuntamiento de Catoira tiene que pagar tres veces más si quiere realizar ella misma la prestación, que si lo hace Pompas Fúnebres de Arosa.

Cuarto: Posición dominante

42. La sentencia *United Brands* del Tribunal de Justicia (14 de febrero de 1978, asunto 27/76) define la posición dominante como “*una situación de poder económico que permite a una empresa actuar en gran medida de forma independiente de sus competidores y clientes*”. Por lo tanto, si una empresa es dominante en un mercado puede limitar su producción y consiguientemente aumentar sus precios por encima del nivel que tendrían en un mercado competitivo, sin que existan competidores que puedan contrarrestar este efecto y sin provocar por ello la entrada de nuevos competidores en el mercado. En otras palabras, existe posición de dominio cuando una empresa puede aumentar sus precios sin que la pérdida de ventas que va a experimentar por esta medida, le prive de los beneficios que obtiene con el aumento. En la práctica, para determinar si una empresa goza de poder de mercado es preciso, en primer lugar, identificar el “mercado relevante” porque una empresa sólo ejerce su influencia respecto del mercado particular en el que vende o compra sus productos y servicios. Y, en segundo lugar, es necesario determinar si goza de una posición de poder económico en dicho mercado.

Mercado relevante

43. El mercado relevante es un concepto que permite identificar a los competidores reales de las empresas examinadas. La *Comunicación* de la Comisión Europea 97/C 372/03 *sobre definición del mercado relevante* ofrece las pautas para una correcta delimitación de los mercados afectados por una conducta susceptible de restringir la competencia. De acuerdo con este documento, para la delimitación del mercado relevante es preciso tener en cuenta, de un lado, los productos y servicios afectados (“mercado de producto”) y, de otro, el ámbito espacial en el que operan las empresas (“mercado geográfico”).

a) Mercado de producto

44. Como ya tuvimos ocasión de exponer en nuestra Resolución de 10 de julio de 2012, en el Expte. R1/2012–*Tanatorio de Valga*, el mercado de producto comprende “*la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos*”. Para su delimitación debe examinarse cómo afecta a la oferta y la demanda de un producto, el aumento pequeño pero significativo de los precios del mismo, el denominado “SSNIP test” (*Small but Significant non Transitory Increase in Price*). Si un pequeño aumento en el precio de un producto X hace que los consumidores (la demanda) compren Y, eso significa que X e Y están en el mismo mercado o, lo que es lo mismo, que se trata de productos sustitutivos o intercambiables. Asimismo deben observarse las

consecuencias que tiene el pequeño aumento del precio desde el punto de vista de la oferta dado que –en ocasiones- los productos no son sustituibles a los ojos del consumidor, pero sí los son para los productores. Por lo tanto, si el aumento del precio de un producto X provoca que los fabricantes de Y comiencen a fabricar X atraídos por el alza de su precio, ello también significa que ambos productos pertenecen al mismo mercado. La delimitación del mercado debe tener en cuenta tanto la sustituibilidad del producto desde el punto de vista de la demanda, como de la oferta.

45. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se ha pronunciado reiteradamente sobre la delimitación del mercado relevante en el ámbito de los servicios afectados por el presente expediente. Así, en su Informe de 20 de octubre de 2004 sobre la concentración C-85/04–*Intur/Euro Stewart*, la autoridad de competencia alude a la existencia de un mercado de “servicios mortuorios” que incluye todas las actividades necesarias desde el fallecimiento de una persona hasta el momento en que recibe sepultura o es incinerada y en el que cabe diferenciar –como mercados separados- los servicios funerarios (que incluye, entre otros, el traslado de cadáveres fuera del término municipal), los servicios de tanatorio y los de cementerio.
46. Continuando con informe comentado, reiterado posteriormente en diversas resoluciones, estos mercados pueden definirse del modo siguiente: a) servicios funerarios, entre los que se encuentran el acondicionamiento de los cadáveres, amortajamiento, suministro de féretros, ataúdes, arcas y urnas, enferetramiento, servicios de coches fúnebres y organización del acto del entierro, suministro de flores y coronas, traslado de cadáveres fuera del término municipal y diligencias para el registro de la defunción y autorización de la sepultura; b) Servicios de tanatorio, que comprende el velatorio de los fallecidos en adecuadas condiciones higiénico-sanitarias, y las prácticas para el tratamiento de los cadáveres de conformidad con lo autorizado por las leyes; y c) Servicios de cementerio, que son los realizados desde la descarga del féretro hasta el enterramiento, así como la reducción en nichos y en sepulturas. Se trata de un servicio público obligatorio que debe prestarse en todos los municipios, si bien cabe la competencia con la iniciativa privada.
47. En el caso que nos ocupa, el mercado de producto relevante está constituido por los servicios de tanatorio, en la medida en que la conducta de Pompas Fúnebres de Arosa guarda relación con el precio de los servicios de alquiler de las salas del tanatorio municipal a las empresas rivales. La conducta incide, asimismo, en el mercado conexo de servicios funerarios, por la íntima conexión que existe entre ambos servicios, tal y como expondremos más adelante.

b) Mercado geográfico

48. En línea con la argumentación que expusimos en el expediente R1/2012–*Tanatorio de Valga*, los mercados deben también delimitarse desde un punto de vista geográfico, con el fin de determinar si las empresas de distintas zonas constituyen una fuente de suministro alternativo para los consumidores. El mercado geográfico de referencia se define como *“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”*. La delimitación del mercado geográfico se basa igualmente en el análisis de la sustitución de la oferta y de la demanda como consecuencia de la alteración de los precios, debiendo responder a la pregunta de si los clientes transferirían sus pedidos a empresas en otras localizaciones o si éstas presentarían su oferta atraídas por el elevado precio ofrecido por los proveedores locales. Desde el punto de vista de la oferta, se analizan los obstáculos que pueden tener los productores de otras localizaciones para realizar las ventas en un territorio o los obstáculos normativos para instalarse. Desde el punto de vista de la demanda, se observan las pautas de conducta de los consumidores y los distintos factores que pueden explicar su preferencia por productos de una determinada zona.
49. En el caso de los servicios funerarios, la jurisprudencia acepta de manera unánime que se trata de un servicio de ámbito local dada la estrecha vinculación existente entre el lugar de enterramiento y velatorio de una persona y una concreta zona geográfica donde dicha persona tiene sus raíces. En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que el mercado de servicios de tanatorio –y, en general, los servicios mortuorios– tiene ámbito local, ya sea restringido a una localidad, ya a la totalidad del término municipal. En concreto, la Sentencia de 14 de junio del 2013, afirma en el FJ 11º que “los mercados descritos de servicios funerarios, de tanatorio y de cementerio son de ámbito local”.
50. La representación de Pompas Fúnebres de Arosa, en sus alegaciones a la primera Propuesta de resolución, califica de *delirante* la idea de la Subdirección de Investigación del CGC de circunscribir el mercado relevante al término municipal, con argumentos de escaso peso científico como son la alusión a la extensión geográfica del municipio o el hecho de que los municipios colindantes dispongan también de tanatorio. Parece lógico pensar que –por ejemplo– a la familia de un vecino de Santiago de Compostela le gustaría que su cadáver fuese velado en su ciudad, para facilitar un trance tan doloroso como es el fallecimiento de un allegado, independiente de la extensión que pueda tener el término municipal o de que haya otros tanatorios en municipios colindantes. Entendemos que no es preciso abundar en tales argumentos dado el abrumador peso de la jurisprudencia antes aludida.

51. En definitiva, el mercado geográfico relevante tiene un carácter eminentemente local y está delimitado por el municipio de Catoira.

Poder de mercado

52. Una vez definido el mercado relevante, el siguiente paso para aplicar el artículo 2 de la LDC consiste en determinar si la empresa objeto del expediente es dominante. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la práctica de las autoridades de competencia, los principales factores a tener en cuenta para evaluar el poder de mercado de las empresas son la cuota de mercado, la elasticidad de la demanda y las barreras de entrada.
53. La cuota de mercado de una empresa, es decir, el porcentaje del total de ventas en un mercado que realiza una empresa en particular, constituye el factor más relevante a la hora de analizar si tiene poder de mercado. La definición del mercado relevante analizada en el apartado anterior permite precisar los proveedores y clientes que actúan en un mercado y, de este modo, se puede calcular el tamaño total del mismo, para después determinar el porcentaje que representa un operador en particular.
54. Aunque no existe una cuota de mercado concreta que permita concluir automáticamente que una empresa dispone de poder de mercado, el análisis de la jurisprudencia comunitaria permite establecer ciertas generalizaciones: *a)* cuotas de mercado muy elevadas (más del 75% del mercado relevante) llevan a la conclusión de que existe poder de mercado sin necesidad de mayores indagaciones; *b)* cuotas de mercado elevadas (más del 50%) se considera que *a priori* demuestran la existencia de poder de mercado, siempre que no haya pruebas en otro sentido; y *c)* cuotas de mercado medianas (menos del 40%) suelen dar a entender que no existe poder de mercado, salvo que el resto del mercado esté muy fragmentado. Así, por ejemplo, en la sentencia de 13 de febrero de 1979 en el asunto *Hoffman-La Roche*, el TJCE estimó que una cuota del 47% era suficiente para concluir que existía poder de mercado a tenor de la reducida cuota de las empresas rivales.
55. En el presente asunto, la posición dominante de una empresa que –como Pompas Fúnebres de Arosa– es titular del único tanatorio que hay en el término municipal resulta acreditada por la elevadísima cuota de mercado de que dispone. La entidad denunciada alega que su cuota de mercado es muy inferior a la que acabamos de indicar. Sin embargo, esta alegación parte de un punto de partida erróneo –la configuración de un mercado relevante más amplio desde el punto de vista geográfico– y, por lo tanto, no ha de ser estimada.
56. Para determinar si una empresa tiene poder de mercado es frecuente, como ya indicamos, recurrir también al análisis de las barreras a la entrada

de nuevos competidores en el mercado. Cuando la entrada a un mercado es fácil, es difícil concluir que una empresa pueda ejercer un poder de mercado porque cualquier intento por su parte de aplicar un precio excesivo puede ser inmediatamente contrarrestado por otras empresas que, pese a no estar presentes en el mercado (competidores potenciales) acudirían rápidamente atraídas por los elevados precios impuestos por la empresa poderosa. Por el contrario, cuando la entrada en el mercado es complicada, la empresa puede establecer más fácilmente precios elevados porque sus competidores potenciales no se encuentran en disposición de contrarrestar su ejercicio de poder de mercado.

57. La posición de dominio de Pompas Fúnebres de Arosa se ve reforzada por la existencia de una barrera de entrada de naturaleza administrativa: la concesión municipal del servicio de tanatorio. En virtud de dicho contrato, el Ayuntamiento de Catoira cedió al concesionario la parcela sobre la que se construyó el tanatorio, corriendo a cargo de éste el coste de ejecución de la obra. La concesión del servicio público supone una barrera de entrada por cuanto los potenciales rivales tendrían que competir sin la ventaja añadida que supone la cesión de la parcela por parte del ayuntamiento, teniendo por lo tanto que asumir la compra del terreno en el que edificar el tanatorio y la tramitación de todas las licencias necesarias para su construcción.

Quinto: Explotación abusiva de una posición dominante

58. Como ya tuvimos ocasión de exponer, el artículo 2 de la LDC no prohíbe a una empresa disponer de una posición dominante sino abusar de dicha situación. El abuso cometido por una empresa dominante puede, por una parte, perjudicar a los consumidores y usuarios de sus productos o servicios, lo que se ha venido en llamar abusos “explotativos”. Pero, por otra parte, también puede suceder que la conducta abusiva perjudique el funcionamiento de la competencia en un determinado mercado y, por lo tanto, a las empresas rivales, se trata de los denominados abusos “excluyentes”.
59. El artículo 2 de la LDC contiene una lista de conductas que, cuando son realizadas por un operador dominante, pueden constituir un abuso. Dicha lista, sin embargo, no es exhaustiva, de manera que el precepto admite otras modalidades de conducta abusiva más allá de las expresamente recogidas por el legislador. Al respecto, el Tribunal Supremo (*vid.*, por todas, la STS de 11 de octubre de 2013, FJ 4º), nos recuerda que el artículo 2 de la LDC *“prohíbe la explotación abusiva de la posición de dominio en todo o parte del mercado nacional (...), explotación abusiva que se describe a título de ejemplo y de forma no exhaustiva en diversas conductas enumeradas en el apartado 2 del precepto y en las que en ningún caso se requiere la efectiva causación de perjuicios cuantificables a terceros competidores, sino que basta que se produzca el comportamiento*

abusivo descrito, el cual se entiende que es en si mismo perjudicial para la competencia”.

60. La jurisprudencia también considera que las distintas categorías de abuso no son excluyentes, de manera que una misma conducta puede constituir al mismo tiempo un abuso de tipo *explotativo* y *excluyente*, en la medida en que lesione los legítimos intereses de los consumidores y del mercado simultáneamente. Por ejemplo, si una empresa de telefonía que es titular de la red aplica precios (tarifas de interconexión) discriminatorios a sus clientes (el resto de operadores de telefonía), dicha conducta perjudica directamente a éstos (abuso *explotativo*) pero –al mismo tiempo- también puede restringir o falsear la competencia en el mercado al hacer que los usuarios finales contraten servicios con unos operadores frente a otros, que serían más caros por haber sufrido la discriminación (abuso *excluyente*).
61. La jurisprudencia también ha declarado que el operador dominante tiene una *responsabilidad especial* respecto del proceso competitivo y de sus rivales. Como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la sentencia *Michelin* (Asunto 322/81–*Michelin v. Comisión*, de 9 de noviembre de 1983): “*incumbe (a la empresa dominante), independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común*”.

Exclusión de competidores en el mercado de servicios de tanatorio

62. En el presente asunto la conducta abusiva de Pompas Fúnebres de Arosa ha consistido en imponer unas tarifas discriminatorias por la prestación de sus servicios de tanatorio. Según reiterada jurisprudencia, la discriminación de precios es subsumible en la letra a) del apartado 2º del artículo 2 de la LDC (“*imposición de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos*”) o en la letra d) del mismo precepto (“*aplicación de condiciones desiguales para prestación de servicios equivalentes*”). En concreto, la discriminación ha consistido en fijar un precio por el alquiler de salas muy superior al precio por subcontratación de servicios. Dichas tarifas discriminatorias impiden que empresas rivales puedan prestar servicios de tanatorio en el municipio de Catoira. Si una empresa de servicios funerarios quiere prestar servicios en el municipio de Catoira, las tarifas de Pompas Fúnebres de Arosa para el año 2011 le ofrecen dos posibilidades. Pagar 717 euros si quién realiza el servicio es la entidad denunciada (tarifa por subcontratación) o pagar 1.087 euros si es la propia empresa rival la que presta el servicio de tanatorio (tarifa por alquiler de sala). Enfrentado a esa tesitura, lo lógico es que la empresa rival prefiera “subcontratar” el servicio de tanatorio antes de prestarlo directamente lo cual se traduce, en la práctica, en que sólo hay una empresa prestando

servicios de tanatorio en el municipio de Catoira (cierre del mercado dominado).

63. La situación que acabamos de describir empeora respecto de las tarifas de 2012 pues, con los sucesivos aumentos de la tarifa por alquiler (hasta tres veces superior a la tarifa por subcontratación), resulta económicamente inviable que presten servicios de tanatorio empresas rivales. En efecto, no tiene sentido que una empresa realice directamente el servicio cuando puede subcontratarlo por un tercio de esa cantidad, ahorrándose además el coste de su trabajo.
64. La entidad denunciada, en su escrito de alegaciones a la primera propuesta de sanción (numerado con el 131 en el expediente) alega que existen *“legítimas motivaciones económicas que justifican los precios ofertados en relación con sus servicios”*, si bien no aclara a qué motivaciones se refiere más allá de invocar genéricamente su derecho a *“obtener legítimamente un beneficio que justifique su oferta”* de servicios. En el presente expediente no se discute el derecho de Pompas Fúnebres de Arosa a cobrar por sus servicios y a obtener beneficios. Lo que se cuestiona es que haya establecido un régimen de precios que supone la exclusión de sus competidores en el mercado. Pompas Fúnebres de Arosa cobra hasta dos y tres veces más por el alquiler de sus salas que por la subcontratación de los servicios, sin que dicha diferencia se pueda explicar por un legítimo afán de obtener beneficios.
65. En el mencionado escrito, Pompas Fúnebres de Arosa argumenta también que *“los servicios ofertados por la empresa pueden prestarse con carácter completo o individualizado”* y que *“esa es la razón explicativa de las dos categorías (de) precios que la empresa aplica (tarifas a profesionales y tarifas al público)”*. En el presente expediente no se analiza si Pompas Fúnebres de Arosa ha discriminado a sus clientes particulares frente a los profesionales, sino las razones por las que cobra a los profesionales más cuando alquilan la sala que cuando subcontratan los servicios. Por lo tanto, dicha alegación debe ser desestimada.
66. En su escrito de alegaciones a la segunda Propuesta de resolución, de fecha 13 de junio de 2014, Pompas Fúnebres de Arosa manifiesta que sus tarifas en el tanatorio de Catoira se explican en función de *“los costes incurridos en la prestación de tales servicios”*, al tiempo que detalla los costes materiales, personales y financieros en los que la empresa ha incurrido. Sin embargo, dicha relación de costes no explica la razón por la cual alquilar las salas es más caro que subcontratar los servicios, que es lo que se discute en este expediente. En efecto, para el empresario alquilar la sala resulta menos costoso que subcontratar los servicios, pues –en este segundo caso– Pompas Fúnebres de Arosa tiene que incurrir en los costes de prestación del servicio. Así pues, si nos basamos en el coste, parece

que alquilar una sala debería ser más barato que subcontratar los servicios.

67. La entidad denunciada también argumenta que Funeraria San Antonio (cuya actuación motivó la presentación de la denuncia que dio origen al presente expediente) pretende “*operar en el citado mercado geográfico sin la asunción de los costes materiales y humanos mínimos que son propios de los servicios funerarios*” de ahí que “*resulta contrario a la lógica más elemental que se pueda considerar excluida del acceso al sub-mercado de tanatorios de Catoira*”. La anterior argumentación, de ser aceptada, conduciría a estimar legítimo que cualquier operador dominante que sea titular de una infraestructura puede expulsar del mercado a las empresas rivales que no la tienen. Así, por ejemplo, Movistar (antes Telefónica) podría expulsar del mercado a los denominados Operadores Móviles Virtuales porque no tienen red de antenas propias. O Endesa podría expulsar a los comercializadores de gas independientes porque compiten si tener que asumir los costes de canalización de la red. Es abundantísima la jurisprudencia que sostiene que, en estas ocasiones, el titular de la infraestructura debe cobrar un precio equitativo a los empresarios rivales.
68. Por otro lado, Pompas Fúnebres de Arosa ha alegado reiteradamente que su conducta carece de efectos sobre la competencia por cuanto Funeraria San Antonio se limita a “*prestar directamente a particulares los servicios de transporte funerario*” y no es, en su opinión, una empresa de servicios funerarios. El Consello Galego da Competencia no tiene directamente como misión proteger a los competidores, sino a la competencia en el mercado. Las tarifas discriminatorias de Pompas Fúnebres de Arosa son susceptibles de restringir la competencia en el mercado de tanatorio al expulsar a los potenciales rivales. Por consiguiente, la naturaleza jurídica de un particular operador en dicho mercado es irrelevante para resolver el presente expediente. Todo ello sin perjuicio de que, como la propia entidad denunciada reconoce, Funeraria San Antonio preste servicios de transporte de cadáveres (entre otros servicios funerarios) y, por lo tanto, sea un competidor de Pompas Fúnebres de Arosa en el mercado conexo de servicios funerarios.
69. Finalmente, Pompas Fúnebres de Arosa argumenta que el precio de alquiler de sala no es discriminatorio con apoyo en las tarifas que por dicho concepto se aplican en otros cinco tanatorios escogidos por ésta. Respecto de dicha afirmación, cabe realizar las siguientes reflexiones. En primer lugar, no conocemos el precio de la subcontratación de servicios en los cinco tanatorios mencionados y, consiguientemente, nada podemos concluir –siquiera indiciariamente– acerca de si existe discriminación entre el alquiler de sala y la subcontratación de servicios en los mismos. En segundo lugar, las tarifas aportadas por el alquiler de salas en estos cinco tanatorios son, en su mayoría, sustancialmente más reducidas que las vigentes en el tanatorio de Catoira. Finalmente, la entidad denunciante no

explica porqué ha elegido las tarifas de estos cinco tanatorios en particular (situados en lugares tan dispares como la capital de la provincia, la ciudad de Vigo o los ayuntamientos de Ponteares y Tui) en lugar de otros tal vez más relevantes, como son los municipios colindantes de Valga, Caldas de Reis y Vilagarcía de Arousa. En definitiva, los datos aportados no desvirtúan la naturaleza discriminatoria de los precios de Pompas Fúnebres de Arosa en el tanatorio de Catoira.

70. En definitiva, dado que la entidad denunciada no ha alegado –ni mucho menos acreditado– alguna razón económica que pueda explicar la extraordinaria discrepancia de las tarifas por subcontratar servicios y por alquiler de salas, entendemos que la misma resulta discriminatoria en tanto que aplica condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. La discriminación de tarifas tiene el efecto de expulsar del mercado a potenciales empresas rivales, que desistirán de prestar servicios de tanatorio en Catoira, “ahuyentadas” por las tarifas que cobra el operador dominante por el alquiler de las salas.

Exclusión de competidores en el mercado conexo de servicios funerarios

71. En el caso que se nos presenta, Pompas Fúnebres de Arosa es el operador dominante en el mercado de servicios de tanatorio en el municipio de Catoira y su conducta tiene efectos negativos tanto sobre el propio mercado dominado, como sobre el mercado conexo de los servicios funerarios. Recordemos que dicho mercado comprende, entre otras, la actividad de traslado de cadáveres desde el lugar en que se produjo el fallecimiento de la persona hasta el tanatorio.
72. Cuando Pompas Fúnebres de Arosa se encarga de prestar el servicio de tanatorio en régimen de subcontratación, la documentación obrante en autos permite colegir que la denunciada realiza no sólo los servicios de tanatorio propiamente dichos, sino también los denominados servicios funerarios, entre los que se incluye el traslado de los cadáveres, con lo que se está cerrando a la competencia no sólo el mercado de tanatorio en sentido estricto (en el que es dominante) sino también el mercado de servicios funerarios (en el que la denunciada compite con otros operadores).
73. En su correo electrónico de 12 de julio de 2013, Pompas Fúnebres de Arosa (documento 76) relata que lo habitual en el sector es que la empresa titular del tanatorio se encargue de todos los servicios relacionados con una defunción:
- "Les explico en qué consistía y consiste el servicio de subcontratación de servicios para quien así lo requiera, (al final de la explicación les hago un ejemplo).*

El servicio de subcontratación es sencillo, un empresario del sector fúnebre nos llama, nos encarga un servicio fúnebre y nosotros lo realizamos en su nombre, facturando dicho servicio a ese empresario del sector, lógicamente con un precio inferior para que tenga un beneficio, más que un precio inferior, si le aplica un descuento sobre la tarifa. Este empresario, a posteriori, factura a la familia según el presupuesto que tenga estipulado y sus tarifas.

Este es un procedimiento muy habitual en el sector, sobre todo, cuando el funerario al que se le encarga el servicio no es de la zona, o bien si es de la zona, se ve saturado de trabajo y no puede atender dicho servicio.

EJ: Un funerario de Santiago, al cual le encargan un servicio en Catoira.

El difunto, natural de Catoira, pero que haya vivido en Santiago la mayor parte de su vida, pero su voluntad es ser velado en Catoira y enterrado en dicho cementerio. El funerario desconoce las costumbres de la zona (lo cual le impedirá hacer un servicio de calidad) y a esto le añadimos que está sobrecargado en ese momento, es decir, tiene, pongamos de ejemplo, 5 servicios que se han encargado por a la misma hora y sus recursos humanos están todos ocupados.

Este profesional, llama a mi empresa, informa que tiene un servicio en Santiago, que procede al traslado del difunto y nos solicita: alquiler de sala, confección y reparto de esquelas en la zona, y al día siguiente la conducción y porteadores para el entierro.

Lo que este funerario solicita, será que nosotros le facturemos, a él, no a la familia, ya que el cliente y el servicio se le han encargado a él y nosotros sólo hacemos lo que nos subcontrata y siempre en su nombre. En este caso, nosotros aplicaríamos las tarifas de Profesional, que son inferiores a las particulares.

Reitero que esto es una práctica muy habitual en el sector. En mi empresa, por ejemplo, cuando fallece algún cliente en A Coruña, llamo a una empresa de A Coruña para que me haga el servicio de traslado, ya que si fuera yo a por el difunto, aparte de tardar cerca de hora y media en llegar a atender a la familia, me encontraría con limitaciones por desconocimiento de la zona para trabajar de una forma fluida".

74. En definitiva, el esquema tarifario que aplica Pompas Fúnebres de Arosa resulta también perjudicial para la competencia en el mercado de servicios funerarios, toda vez que permite a la empresa que explota el tanatorio expulsar del mercado a las empresas que prestan servicios funerarios sin disponer de una infraestructura propia. Se cumple así la aspiración de la entidad denunciante de que sean las empresas titulares del tanatorio en la localidad de la que el difunto es natural, las que asuman no solo los servicios de tanatorio sino también todos los servicios funerarios
75. Este efecto excluyente es, precisamente, la situación a la que pretende hacer frente el legislador en la Ley 24/2005 de reformas para el impulso de

la productividad, cuya Exposición de Motivos afirma que su objetivo es *“profundizar en la liberalización de los servicios funerarios, dotando de habilitación para operar en todo el territorio nacional a las empresas que cuenten con autorización de cualquier Ayuntamiento, lo que facilitará la competencia entre prestadores”*. Ninguna competencia entre prestadores puede haber si las tarifas de los titulares de tanatorios expulsan a las empresas rivales, tanto en el mercado de tanatorios propiamente dichos, como en el mercado conexo de transporte de cadáveres (y el resto de servicios funerarios en sentido estricto).

76. En nuestro país, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (y sus antecesoras, la Comisión Nacional de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia) se ha pronunciado reiteradamente sobre casos parecidos al que se nos presenta, sancionado al operador dominante en un mercado de servicios mortuorios, que intenta extender su dominio en otros servicios conexos (véase, por todas, la Resolución del TDC de 9 de octubre de 2001, Expediente *Funerarias Madrid 3*).

Sexto: Duración de la infracción

77. En el fundamento de derecho tercero hemos considerado acreditado que las tarifas de Pompas Fúnebres de Arosa objeto del expediente sancionador han estado en vigor desde el inicio de actividades del tanatorio de Catoira, en mayo de 2011, hasta al menos finales del año 2013

Séptimo: Responsabilidad

78. Pompas Fúnebres de Arosa argumenta en su descargo que las tarifas del tanatorio *“fueron depositadas ante el Ayuntamiento de Catoira por la empresa”* y que *“están a disposición del público y de cualquier solicitante de servicios a prestar por dicho tanatorio”* lo cual, en su opinión, permite concluir que *“no actuó ni con intencionalidad infractora ni de modo negligente”*. Frente a dicha tesis, cabe recordar que –como señala la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su resolución de 31 de octubre de 2012, entre otras muchas-, *“es doctrina constante de este Consejo y de las autoridades comunitarias de competencia que la prohibición de acuerdos colusorios (o de abuso de posición dominante) tiene carácter objetivo y es de naturaleza preventiva. Por tanto, aun si el ICAH (colegio de abogados de Alcalá de Henares) no tuviese la intención de restringir la competencia mediante el acuerdo objeto de la denuncia y, efectivamente, fuese un error (lo que se analizará en el fundamento de derecho relativo a la sanción) procede valorar si, objetivamente, por quién realiza la conducta y por su contenido, es apto para restringir la competencia”* (FD 4º). Por tanto, lo relevante no es la intención del infractor, sino la aptitud para restringir la competencia en el mercado de su conducta.

79. Sin perjuicio de lo que acabamos de indicar, no es menos cierto que, en consonancia con los principios generales que rigen el Derecho administrativo sancionador, el art. 63.1.b LDC exige que las empresas sean autores, de forma negligente o deliberada, de las conductas previstas en la LDC. Sobre el particular, la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2004, relativa al Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera, dispone que *“como decíamos en nuestra sentencia de 2 de febrero de 2004, antes citada, en el presente caso la claridad de la norma reguladora de la prestación de servicios profesionales en el territorio nacional, es clara y terminante, regula directamente los requisitos de tal ejercicio, y establece un régimen concreto para el mismo, por ello la diligencia exigible del Colegio, engloba la aplicación del nuevo régimen que por sus términos no requería de un desarrollo normativo ulterior para su aplicación ni reviste una especial complejidad en su interpretación. Concurrió pues, al menos, negligencia en la conducta, que atendiendo a la cuantía de la sanción impuesta fue considerada en la graduación de la misma”*.
80. En el presente asunto, la normativa sectorial vigente es clara en el sentido de permitir que cualquier empresa de servicios funerarios puede prestar sus servicios en distintos términos municipales, ya sea de tanatorio u otros relacionados como el transporte de cadáveres. La misma claridad se puede predicar de la Ley de Defensa de la Competencia en cuya virtud los operadores económicos no pueden pactar los precios u otras condiciones de sus servicios (artículo 1 de la LDC) ni tampoco pueden abusar de su posición de dominio en el mercado mediante la imposición de precios y condiciones discriminatorias o que de cualquier otra forma que suponga la exclusión de los rivales (artículo 2 de la LDC). En definitiva, Pompas Fúnebres de Arosa no ha actuado con la diligencia que le es exigible al incumplir no la legislación sectorial que le resulta aplicable, sino también las reglas generales que rigen el principio constitucional de libertad de empresa.

Octavo: Calificación de la infracción

81. A tenor de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la LDC, el abuso de posición de dominio tipificado en su artículo 2, tiene la consideración de infracción muy grave cuando: *“el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos”*.
82. En el presente asunto se dan, al menos, dos de las circunstancias que señala el art. 62.2 LDC para considerar una infracción muy grave el abuso de posición dominante. Por un lado, Pompas Fúnebres de Arosa tiene una cuota de mercado cercana al monopolio, toda vez que es el único operador presente en el mercado relevante, definido como la prestación de servicios de tanatorio en el municipio de Catoira. Y, por otro lado, Pompas Fúnebres

de Arosa es concesionaria de un tanatorio municipal, por lo que disfruta de derechos especiales o exclusivos que no están al alcance de potenciales competidores en el mercado relevante.

83. A mayor abundamiento, conviene también tener en cuenta que, aunque la liberalización del sector se produjo en virtud de la mencionada Ley 24/2005 de reformas para el impulso de la productividad, diversos informes advierten del fracaso de la liberalización, entre otras circunstancias, por las reticencias de los operadores económicos (véase el Informe los Ministerios de Economía y Sanidad sobre los servicios funerarios en España, de 28 de junio de 2010, citado anteriormente). Así las cosas, nos hayamos en un sector económico en el que la liberalización no está –ni mucho menos– consolidada y ante una conducta que, como ya tuvimos ocasión de exponer, atenta directamente contra los fines manifestados por el legislador de 2005.

Noveno: Cuantificación de la sanción

84. El artículo 63 de la LDC dispone que las infracciones muy graves han de sancionarse con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior a la resolución.
85. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado una Comunicación de multas en la que, siguiendo las pautas marcadas por las Directrices europeas en la materia, se calcula el importe de la sanción en dos fases. En la primera se determina el importe de base de la multa y en la segunda se realizan ajustes en dicho importe de base en función de las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en la empresa o empresas infractoras.

Importe de base

86. El primer paso para calcular el importe de la sanción consiste en determinar el “volumen de ventas afectado por la infracción” que es la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos en los que la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos.
87. Pompas Fúnebres de Arosa es titular de tres tanatorios: el primero en el municipio de Vilagarcía de Arousa, desde el año 1992; el segundo en el municipio de Cambados, desde el año 2000; y finalmente el tercero en el municipio de Catoira, desde mediados de 2011. Dado que las tarifas consideradas abusivas se aplicaban respecto de éste último, entendemos que la cifra de ventas que debe tenerse en cuenta es únicamente la del tanatorio de Catoira.

88. La entidad denunciada ha aportado al presente expediente el volumen de facturación, antes de impuestos, que ha tenido en el tanatorio de Catoira en los ejercicios 2011, 2012 (anexo 4 del documento 131 del expediente) y 2013 (contestación al requerimiento de información enviado el 10 de junio de 2014).

Año	Ventas
2011 (desde mayo)	25.632,10 €
2012	65.808,92 €
2013	83.507,21 €

89. Según reiterada jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea, para el cálculo del volumen de ventas no se puede deducir el coste de fabricación o de prestación de los servicios. Entre otras muchas, la sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2010, Asunto T-25/05 – *KME Germany et alt. v. Comisión Europea*, afirma que:

“No hay ninguna razón válida para requerir que el volumen de negocios de un mercado de referencia se calcule excluyendo ciertos costes de producción” (párrafo 97).

“En cuanto a los argumentos utilizados por los demandantes para sostener que, en lugar de utilizar el criterio del volumen de negocios del mercado de referencia, sería más apropiado, teniendo en cuenta el propósito disuasorio de las multas y el principio de igualdad de trato, fijar su importe en referencia a la rentabilidad del sector afectado o el valor añadido correspondiente a la misma, el Tribunal considera que son irrelevantes” (párrafo 98).

Es innegable que, como factor para evaluar la gravedad de la infracción, la facturación de una empresa o de un mercado es necesariamente vaga e imperfecta. No hace una distinción entre sectores con un alto valor añadido y los que tienen un bajo valor añadido, o entre empresas que sean rentables y las que lo son menos. Sin embargo, a pesar de su naturaleza aproximada, el volumen de negocios se considera en la actualidad, por el poder legislativo, la Comisión y el Tribunal de Justicia, un criterio adecuado, en el contexto del derecho de la competencia, para evaluar el tamaño y la potencia económica de las empresas en cuestión” (párrafo 100).

90. La aplicación de la doctrina precedente nos lleva a desestimar las alegaciones de la denunciada en el sentido de que la prestación de sus servicios en el tanatorio de Catoira le ha supuesto elevados gastos, entre los que destaca, la amortización del crédito destinado a su construcción. No es la rentabilidad obtenida por el infractor lo que determina las

sanciones, sino su volumen de negocios, por mucho que dicho criterio sea únicamente aproximado para evaluar el daño que su conducta puede causar a la competencia en el mercado. Por consiguiente, la ventas de Pompas Fúnebres de Arosa afectadas por la infracción, son las que se indican en la anterior tabla.

91. Una vez calculado el importe de las ventas afectadas por la infracción, la Comunicación de multas española –siguiendo las pautas marcadas por las autoridades europeas- dispone que ha de aplicarse un porcentaje que, partiendo del 10%, puede incrementarse “*hasta en 10 puntos porcentuales*” cuando la infracción es calificada de muy grave. Como ya indicamos en el fundamento jurídico anterior, la conducta de Pompas Fúnebres de Arosa merece dicha calificación por cuanto constituye un abuso por parte de un monopolista que dispone de derechos de exclusivos o especiales. Por consiguiente, estimamos conveniente aplicar un porcentaje del 10% al volumen de ventas afectado.
92. Continuando con la metodología prevista en la Comunicación de multas, el importe básico de la sanción debe incrementarse, cuando sea preciso, para reflejar la duración de la infracción. La Comunicación atribuye un peso decreciente a cada año en el que estuvo vigente la conducta ilegal, de acuerdo con los valores siguientes (párrafo 15):

<u>Ventas correspondientes al año: (*)</u>	<u>Ponderación (α_i)</u>
1	1,00
2	0,75
3	0,50
4	0,25
5	0,15
6	0,10
7 y siguientes	0,05

93. Las tarifas abusivas de Pompas Fúnebres de Arosa han estado vigentes desde el inicio de la actividad del tanatorio, en mayo de 2011 hasta, por lo menos, diciembre de 2013. Consiguientemente, el importe ponderado de las ventas en el último año debe tomarse completo, mientras que el del segundo debe reflejarse el 75% de dicha cifra y en el tercero, únicamente el 50%, tal y como se refleja en la siguiente tabla:

Año	Volumen de ventas afectadas	Porcentaje	Resultado de aplicar porcentaje	Ponderación por la duración	Importe base
2013	83.507,21 €	10%	12.526,08	100%	8.350,7
2012	65.808,92 €	10%	9.871,34	75%	4.935,6
2011	25.632,10 €	10%	3.844,83	50%	1.281,6
Total					14.567,9



Coeficiente de ajuste

94. Una vez calculado el importe de base, la Comunicación de multas dispone que dicho importe ha de incrementarse o reducirse en función de las circunstancias agravantes y atenuantes presentes en el caso, enumeradas de manera no exhaustiva en párrafos 2º y 3º del artículo 64 de la LDC. Entre las primeras, han de valorarse la reincidencia o la falta de colaboración durante la investigación. Se consideran atenuantes, por otro lado, la realización de actuaciones para poner fin a la infracción, la realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado. No apreciamos la presencia de circunstancias que aconsejen agravar la sanción, ni de atenuantes que permitan reducirla.

En consecuencia, el Consello Galego da Competencia con la composición recogida al principio, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación,



RESUELVE

Primero: Declarar que Pompas Fúnebres de Arousa, SL ha infringido el art. 2.2 letra d) de la Ley de Defensa de la Competencia al haber aplicado unas tarifas abusivas a las empresas rivales por la utilización de los servicios del tanatorio de Catoira.

Segundo: Declarar que dicha infracción tiene la consideración de muy grave, en virtud de lo dispuesto en el art. 62.2 LDC, dado que Pompas Fúnebres de Arousa, SL tiene una cuota de mercado cercana al monopolio en el mercado relevante y disfruta de derechos especiales o exclusivos.

Tercero: Imponer a Pompas Fúnebres de Arousa, SL, como autora de la conducta infractora, una multa sancionadora por importe de 14.567,9 euros.

Cuarto: Intimar a Pompas Fúnebres de Arousa, SL, para que cese en la conducta y, en lo sucesivo, se abstenga de realizar prácticas como la sancionada que puedan obstaculizar la competencia.

Quinto: Instar a la Subdirección de investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Subdirección de Investigación del CGC y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en los términos previstos en la *Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la jurisdicción administrativa*, el cual –por imperativo del art. 31.2 de la *Ley 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consello Galego da Competencia*– ha de interponerse ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.