



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 xullo de 2014.

O Consello Galego da Competencia (CGC), coa composición arriba expresada e sendo relator D. Fernando Cachafeiro García, ditou a seguinte Resolución nos Expedientes S7/2012 e S20/2012, que trae a súa causa na denuncia presentada pola Asociación de Empresarios de Pompas Fúnebres da provincia de Pontevedra contra Pompas Fúnebres de Arousa, SL pola realización de condutas contrarias á *Lei 15/2007, de 3 de xullo, de defensa da competencia* na xestión do tanatorio municipal do que é concesionaria.

ANTECEDENTES DE FEITO

1. O 11 de abril e o 5 de outubro de 2012 a Asociación de Empresarios de Pompas Fúnebres da provincia de Pontevedra presentou no Rexistro do Consello Galego da Competencia senllas denuncias contra Pompas Fúnebres de Arousa, SL, por presunta infracción da Lei de Defensa da Competencia (LDC) na explotación, en réxime de concesión administrativa, do tanatorio municipal do concello de Catoira. Segundo a denunciante, a conduta restritiva da competencia na que incorreu a concesionaria do tanatorio consistiu en: a) denegar o acceso ás instalacións a un vehículo funerario pertencente a unha empresa rival no mercado de servizos funerarios; b) impoñer un prezo excesivo ás empresas rivais que desexan utilizar as instalacións do tanatorio municipal. Respecto desta cuestión, a denunciante alega que o importe das tarifas que establece a concesionaria é moi superior ao indicado na Ordenanza fiscal da concesión.
2. Con datas de 8 de novembro de 2012 e 18 de xaneiro de 2013, a Subdirección de Investigación do CGC acordou incoar os expedientes sancionadores S 7/2012 e S 20/2012, respectivamente, fronte a Pompas Fúnebres de Arousa, S. L., posteriormente acumulados por resolución de 21 de xaneiro de 2013.
3. En data de 18 de xullo de 2013, a Subdirección de Investigación do CGC acordou ampliar o expediente fronte ao Concello de Catoira pola realización de condutas prohibidas pola Lei de Defensa da Competencia.
4. O 26 de novembro de 2013, a Subdirección de Investigación elevou ao Pleno de Consello Galego da Competencia a súa Proposta de Resolución na que literalmente se conclúe que:

“Tras a análise da documentación contida no expediente, o SUBDIC solicita que o Pleno do Consello Galego da Competencia:

PRIMEIRO. Declare a existencia dunha infracción grave, de acordo co establecido no artigo 62.3.a) LDC, pola comisión dunha práctica colusoria sinalada no artigo 1.1.d) LDC e sinale como responsables á empresa Pompas Fúnebres de Arousa, S.L e ao Concello de Catoira.

SEGUNDO. Subsidiariamente, e para o caso de que non estime a existencia dunha práctica colusoria, declare a existencia dunha infracción moi grave, conforme ao artigo 62.4.b) LDC, pola comisión do abuso de posición de dominio previsto no artigo 2.2. d) LDC e sinale como responsable á empresa Pompas Fúnebres de Arousa, S.L.

TERCEIRO. Que se arquiven as actuacións seguidas no procedemento 7/2012 en canto á denuncia contra Pompas Fúnebres de Arousa, S.L., por abuso de posición de dominio na modalidade de denegación de acceso ao Tanatorio Municipal de Catoira.

CUARTO. Intime ás partes para que cesen nas prácticas anticompetitivas e se absteñan de cometelas no futuro.”

5. En data de 25 de marzo de 2014, O Pleno do Consello Galego da Competencia adoptou o acordo de instar á Subdirección de Investigación a que redactase unha nova Proposta de resolución na que propoña unha exacta cualificación xurídica e se identifique á persoa ou persoas que se consideran responsables da conduta.
6. En data de 21 de maio de 2014, a Subdirección de Investigación elevou ao Pleno do CGC unha nova Proposta de Resolución, nos termos seguintes:

“PRIMEIRO. Declare a existencia dunha infracción moi grave, de acordo co artigo 62.4.b) LDC, pola comisión do abuso de posición de dominio previsto no artigo 2.2.d) LDC e sinale como responsable á empresa Pompas Fúnebres de Arousa, SL.

SEGUNDO. Proceda ao arquivo das actuacións seguidas no procedemento 7/2012 en canto á denuncia contra Pompas Fúnebres de Arousa, SL, por abuso de posición de dominio na modalidade de denegación de acceso ao Tanatorio Municipal de Catoira.

TERCEIRO. Intime ás partes para que cesen as prácticas anticompetitivas e se absteñan de cometelas no futuro.

CUARTO. Dispoña a difusión da resolución sancionadora, por conta de Pompas Fúnebres de Arousa, SL, no ámbito e polos medios que estime máis convenientes para garantir a rápida restauración da competencia”.
7. O Pleno de Consello Galego da Competencia deliberou e pronunciouse sobre o presente asunto na súa reunión de 4 de xullo de 2014.
8. Son interesados, no presente expediente, os seguintes:
 - Asociación de Empresarios de Pompas Fúnebres de Pontevedra
 - Pompas Fúnebres de Arousa, S. L.



- Concello de Catoira
- Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia

ANTECEDENTES DE FEITO

Conforme ao Prego de Concreción de Feitos notificado ás partes e reproducido no Informe e Proposta de Resolución elevado ao Pleno do Consello Galego da Competencia, considérase acreditados e relevantes para a resolución deste expediente os feitos seguintes:

I. As partes

9. A entidade denunciante, a Asociación de Empresarios de Pompas Fúnebres da Provincia de Pontevedra, desempeña a súa actividade na provincia de Pontevedra, con capacidade para actuar en representación dos seus asociados ante Autoridades e Tribunais de calquera xurisdición.

10. A denunciada, Pompas Fúnebres de Arousa, S.L., é unha sociedade mercantil de responsabilidade limitada constituída en 1984 co obxecto social de realizar todo tipo de servizos relacionados coas pompas fúnebres e o transporte de enfermos e cadáveres. Na súa páxina web infórmase de que a empresa abarca todo tipo de servizos do sector funerario.

11. Pompas Fúnebres de Arousa é adxudicataria do contrato de xestión de servizos públicos sobre o tanatorio municipal de Catoira. Na súa condición de adxudicatario, comprometeuse á construción e equipamento do tanatorio, así como á súa xestión con arranxo ao Prego de cláusulas administrativas particulares. A duración do contrato é de vinte anos a contar desde a data de posta en funcionamento do servizo, prorrogables por outros vinte.

12. O Concello de Catoira é unha Corporación Local sita na provincia de Pontevedra. Como tal, constitúe unha Administración pública territorial que exerce a súa xurisdición sobre o territorio correspondente ao termo municipal de Catoira; exerce as potestades e funcións e presta os servizos de acordo co disposto na lexislación administrativa xeral, a de réxime local e a súa normativa propia.

II. Marco normativo relevante

13. O marco normativo do mercado dos servizos funerarios caracterízase pola súa dispersión, escasa transparencia e por unha amplísima casuística de requisitos para exercer a actividade. Como afirma a Subdirección de Investigación do CGC na súa Proposta de resolución, a dispersión normativa débese, principalmente, aos dous factores: a) o mercado contén multitude de funcións, aspectos e actividades (sanidade mortuoria,

transporte, protección de consumidores, etc.) suxeitos cada un deles a regulación específica; e *b)* a distribución competencial entre a Administración do Estado, as Comunidades Autónomas e os Entes Locais.

14. A Lei de Bases do Réxime Local atribúe aos municipios as competencias de cemiterios e servizos funerarios. No pasado, a Lei consideraba os servizos mortuorios como servizos esenciais, reservando dita actividade ás Entidades Locais. Posteriormente, o Real decreto-lei 7/1996 sobre medidas urxentes de carácter fiscal e de fomento e liberalización da actividade económica, liberalizou tamén os servizos funerarios, eliminando a reserva ata entón vixente. Con todo, as normas que regulaban as autorizacións para a prestación dos servizos funerarios con frecuencia establecían esixencias inxustificadas que desvirtuaron a liberalización do sector.
15. A Lei 24/2005 de reformas para o impulso da produtividade, deu un novo impulso á liberación en dous aspectos fundamentais: *a)* o Estado e as Comunidades Autónomas deben fixar os criterios mínimos de acordo cos cales os municipios poderían fixar eses requisitos obxectivos e necesarios para obter a autorización; e *b)* Os prestadores de servizos autorizados poden realizar a actividade concreta de traslado de cadáveres en todo o territorio español se cumpren as normas de policía sanitaria mortuoria que resulten aplicables.
16. No ámbito da nosa Comunidade Autónoma, o Decreto 134/1998, do 23 de abril, que aproba o Regulamento de Policía Sanitaria Mortuoria, regula as seguintes materias: *a)* Toda clase de prácticas sanitarias sobre cadáveres; *b)* As condicións técnico-sanitarias que deben reunir as empresas funerarias, tanatorios, velorios e crematorios de carácter público ou privado nos traballos que realizan e medios que empregan para o transporte de cadáveres e restos cadavéricos; *c)* As condicións técnico-sanitarias que teñen que cumprir os cemiterios e os demais lugares de enterramento autorizados; e *d)* As normas sanitarias no tratamento dos restos cadavéricos.

III. Sector económico

17. O sector dos servizos funerarios comprende unha pluralidade de actividades. Sen prexuízo do que expoñeremos máis adiante, a Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia, no seu Informe de 20 de outubro de 2004 sobre a concentración C-85/04–*Intur/Euro Stewart*, recoñece a existencia dun mercado de servizos *mortuorios* que inclúe todas as actividades necesarias desde o falecemento dunha persoa ata o momento en que recibe sepultura ou é incinerada, no que cabe diferenciar –como mercados separados– os *servizos funerarios* (que inclúe, entre outros, o traslado de cadáveres fora do termo municipal), os *servizos de tanatorio* e os *servizos de cemiterio*.

18. Nesta liña, nun Estudo conxunto dos Ministerios de Economía e Sanidade sobre os servizos funerarios en España, de 28 de xuño de 2010, distínguense as seguintes actividades: a) Servizos principais: que inclúen información sobre os trámites administrativos preceptivos da defunción; prácticas hixiénicas no cadáver e restos humanos; subministración de féretros e demais material funerario; colocación no féretro e traslados do cadáver ou restos humanos; b) Servizos de tanatorio: que inclúen velorio; tanatopraxia, tanatoestética e demais prácticas sanitarias; depósito de cadáveres; xunto con calquera que requira o uso de instalacións específicas; e c) Servizos complementarios: organización de exequias segundo usos e costumes sociais, culturais e relixiosas; aluguer de vehículos de acompañamento; publicación de necrolóxicas; axuda psicolóxica, etc.
19. En definitiva, o presente expediente afecta o mercado de servizos funerarios ou mortuorios, no que cabe diferenciar dúas actividades diferentes: a) o servizo de transporte de cadáveres desde o domicilio no lugar de falecemento ao tanatorio, proporcionado por unha “empresa de servizos funerarios”; e b) o servizo de tanatorio, subministrado por unha “empresa de tanatorio”, aínda que é frecuente que unha mesma empresa preste os dous tipos de servizos.

IV. Feitos

20. No ano 2008, o Concello de Catoira acorda licitar, mediante procedemento aberto, o contrato de xestión de servizos públicos, modalidade de concesión, para a execución da obra e xestión do Tanatorio Municipal de Catoira. Segundo o Prego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), o obxecto do contrato é a concesión da xestión indirecta do servizo público de tanatorio, previa a construción da edificación nun terreo municipal. O contrato outorga ao concesionario o dereito de uso das salas do tanatorio e das súas instalacións en réxime de concesión administrativa. Dita concesión outórgase por un prazo máximo de 20 anos, a contar desde a data de posta en funcionamento do servizo. E será prorrogable por outros 20 anos, logo de acordo das partes realizado antes de seis meses da terminación do primeiro período e aprobada polo Concello en Pleno. O apartado 9 do PCAP dispón que o órgano de contratación aceptará a tarifa “libremente ofertada” polo adxudicatario da concesión.
21. En data 25 de novembro do 2008, o Pleno do Concello de Catoira adoptou por unanimidade o acordo de adxudicación do contrato de construción e xestión do tanatorio municipal, mediante concesión, á empresa Pompas Fúnebres de Arousa “*nos termos que figuran no Prego de Condicións e na súa oferta*”.
22. Na oferta presentada por Pompas Fúnebres de Arousa no proceso de adxudicación, a Proposición Económica e Referencias (documento 21 do

expediente) distingue dous tipos de tarifas relacionadas co tanatorio de Catoira: a) as tarifas pola *subcontratación* dos servizos de tanatorio, que se aplican coa condición de que “o servizo sexa *integramente contratado a Pompas Fúnebres de Arousa*”; e b) as tarifas polo *aluguer* das salas do tanatorio que, por exclusión, aplícanse cando outra empresa realiza algún servizo relacionado co falecemento dunha persoa. O importe das tarifas por aluguer de salas é moi superior ao que corresponde en caso de subcontratación.

23. Dentro das tarifas pola subcontratación, o concesionario distingue –á súa vez- dúas categorías en función de que o servizo sexa contratado directamente polo cliente (*tarifas ao público*) ou por outras empresas de servizos funerarios (*tarifas a profesionais*). As segundas son lixeiramente máis baratas que as primeiras, co argumento de que “os *profesionais do sector teñen que ter unha marxe de beneficio*”. Posto que neste expediente interésanos o impacto que as tarifas do concesionario ten sobre a competencia en xeral e sobre os rivais, en particular, centraremos a nosa atención unicamente nas tarifas a profesionais.
24. As diferenzas que existen entre as tarifas que se cobran ás empresas rivais pola subcontratación de servizos e polo aluguer das salas, poden observarse na seguinte táboa (os prezos inclúen o IVE):



TARIFAS POR SUBCONTRATACIÓN (profesionais e particulares)	TARIFAS POR ALUGUER DE SALA
Sala velorio, equipo instalación túmulo e persoal 420 € (particulares) 400 € (profesionais)	Sala velorio (420 €)
	Uso túmulo refrixerado (180 €)
	Servizo de persoal de tanatorio (218,90 €)
Preparación do defunto 78 € (particulares) 80 € (profesionais)	Servizo nocturno (63,80 €)
Xestión 218,90 € (particulares) 98, 61 (profesionais)	
Utilización da capilla <i>Segundo aranceis da parroquia</i>	
717,7 € (particulares) 577,41 € (profesionais)	1.087,11 € (excluíndo o concepto "exceso 24 horas")

25.O 10 de decembro de 2008, o Boletín Oficial da Provincia de Pontevedra (BOP) publicou a Ordenanza Fiscal número 11 do Concello de Catoira, reguladora da taxa polo servizo de Tanatorio Municipal. Os prezos previstos na dita normativa non teñen nada ver cos que figuran na proposta contractual pois son homoxéneos e non dependen de que empresa funeraria efectúe os servizos funerarios.

26.A prestación do servizo de tanatorio nas instalacións do Tanatorio Municipal de Catoira comezou o día 29 de maio do 2011.

27. O concesionario ten a obrigaón de aplicar as tarifas propostas, sen que poida modificalas de maneira unilateral. O Prego de Prescricións Técnicas (PPT) especifica que o concesionario debe aterse aos prezos fixados na concesión. En concreto, establece que a relación de tarifas ha de autorizarse previamente polo Concello e expoñerse á vista do público. Os prezos levarán incorporado o IVE e poderán ser obxecto de revisión ao final de cada ano natural, de acordo co IPC Explicitamente sinala 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. A concesionaria recoñece que modificou –en dúas ocasións- as tarifas polo aluguer das salas do tanatorio. No seu correo electrónico de 23 de xaneiro de 2013 (documento 54 do expediente), Pompas Fúnebres de Arousa afirma que *“ata o 31 de decembro de 2012”* a tarifa mínima por aluguer de sala pasou a ser de 1.206,79 (IVE incl.) á que habería que sumar os importes complementarios por servizo nocturno ou exceso de horas.
29. A tarifa mencionada, supostamente en vigor ata finais de 2012, non se corresponde –con todo- coa tarifa de aluguer de sala que Pompas Fúnebres de Arousa, en reposta á súa solicitude de aluguer, envioulle por fax a Funeraria San Antonio en data de 2 de agosto de 2012 (documento número 1 do expediente). No citado documento indícase o seguinte: *“achegamos a nova tarifa de servizo de aluguer nas nosas instalacións, válida a partir do día 15 de xullo de 2012”*, cuxo importe ascende a 1.475 euros (IVE incl.) ó que habería que engadir os importes complementarios por servizo nocturno ou exceso de horas.
30. No ano 2013, o concesionario manifesta que as tarifas polo aluguer das instalacións son as mesmas que no 2012 (na súa última versión) cun incremento do 2% para reflectir o aumento do índice xeral de prezos.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro: Obxecto da resolución

31. O artigo 2 da LDC prohibe a explotación abusiva dunha posición dominante en todo ou parte do territorio nacional. O presente expediente ten por obxecto examinar se a política de prezos que Pompas Fúnebres de Arousa estableceu para acceder ao tanatorio de Catoira, causa un prexuízo potencial aos restantes competidores e, en xeral, á competencia no mercado.

Segundo: Cuestión previa

32. Antes de entrar no fondo do asunto, é preciso aludir á posible vulneración das garantías da denunciada como consecuencia da imposibilidade de acceder a un documento do expediente. No seu escrito de alegacións á segundo proposta de resolución, de 14 de xuño de 2014 (documento 144 do expediente) a representación de Pompas Fúnebres de Arousa afirma que: *“o Instrutor incorre nunha infracción do artigo 31 do Regulamento de Defensa da Competencia (...) posto que esta parte non tivo acceso ao suposto documento núm. 120”*.
33. O artigo 31 do Regulamento faculta aos interesados para acceder ao expediente de todos os documentos que o integren, fóra dos segredos comerciais (...) ou de calquera outra información confidencial, mediante a súa personación nas dependencias da autoridade da competencia. No presente asunto, o administrador de Pompas Fúnebres de Arousa presentouse nas dependencias do Consello Galego da Competencia o día 5 de decembro de 2013 (así consta en acta de comparecencia, documento número 106 do expediente). A propia empresa recoñece que, na súa comparecencia, tivo acceso aos documentos numerados do 1 ao 105 do mesmo, que eran os que –naquela data- obraban no expediente. A razón pola que non puido acceder ao documento número 120 é que devandito documento foi remitido á Subdirección de Investigación por correo electrónico o día 23 de xaneiro de 2014, é dicir, con posterioridade á data da súa visita. Non hai por tanto vulneración algunha do dereito de acceso ao expediente que regula o mencionado artigo 31 do Regulamento.
34. Por outra banda, o documento é irrelevante para os efectos de resolver o presente procedemento. O documento 120 alude á cuestión de se denegouse ou non o acceso ao tanatorio a unha empresa rival por unha causa ilexítima (ausencia de certificado de falecemento). Durante a instrución, a Subdirección de Investigación investigou dúas posibles condutas abusivas, a denegación de acceso ao tanatorio e a fixación de tarifas discriminatorias aínda que, ao final, unicamente propuxo sanción para a segunda conduta ao entender que a primeira non fora acreditada. Dado que a denegación de acceso ao tanatorio xa non é obxecto do presente expediente, a suposta omisión/perda do documento 120 durante a comparecencia de 5 de decembro de 2013, aínda que se tivera producido, non afectaría ao dereito de defensa de Pompas Fúnebres de Arousa.

Terceiro: Acreditación das condutas obxecto do expediente

35. Delimitado nestes termos o obxecto do expediente, é necesario coñecer cal foi o prezo dos servizos que a concesionaria do tanatorio municipal ofreceu a clientes e empresas reais.

36. As tarifas contidas na Proposición Económica son as que rexen para os servizos do tanatorio municipal desde o comezo das súas actividades o 29 de maio de 2011. Así se deduce tanto do Prego de Cláusulas Administrativas Particulares do expediente de contratación, como do Acordo do Pleno do Concello de Catoira no que se adoptou o acordo de adxudicar o contrato a Pompas Fúnebres de Arousa. En efecto, no primeiro dise que o órgano de contratación aceptará a tarifa “libremente ofertada” polo adxudicatario da concesión, mentres que no segundo ratifícase que se adxudica o contrato de concesión “*nos termos que figuran no Prego de Condicións e na súa oferta*”.
37. A análise da proposta económica permite colexir que, durante o ano 2011, a tarifa polo aluguer de sala (1.087,11 €) practicamente dobra á tarifa pola subcontratación de servizos a profesionais (577,41 €).
38. Posteriormente, ao longo de 2012, a propia denunciante recoñece que aplicou unhas tarifas para o aluguer das salas de tanatorio diferentes ás previstas na súa proposta económica. No seu correo electrónico de 23 de xaneiro de 2012 afirma que o importe do aluguer de sala “ata finais de 2012” é de 1.206,79 (IVE incl.) á que habería que sumar os importes complementarios por servizo nocturno (70,88 €) ou exceso de horas (61,10 € exceso de 24 horas ou fracción).
39. Outro documento obrante en autos, o fax enviado pola denunciada o 2 de agosto de 2012 a Funeraria San Antonio, permite comprobar que –polo menos desde xullo de 2012, a tarifa polo aluguer de sala tampouco era a que figura na documentación contractual, senón outra que ascende a 1.475 euros (IVE incl.) á que tamén habería que engadir os importes complementarios por servizo nocturno (120 €) ou exceso de horas (55€ prezo por hora ou fracción).
40. Durante o ano 2013, Pompas Fúnebres de Arousa manifesta que mantén a última versión das tarifas, incrementada nun 2% polo IPC.
41. En definitiva, quedou acreditado no expediente que a tarifa polo aluguer de salas practicamente triplica a tarifa por subcontratación ou, o que é o mesmo, que a empresa que desexe prestar servizos de tanatorio no concello de Catoira ten que pagar tres veces máis se quere realizar ela mesma a prestación, que se o fai Pompas Fúnebres de Arousa.

Cuarto: Posición dominante

42. 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 gran medida de forma independente dos seus competidores e clientes*”. Por tanto, se unha empresa é dominante nun mercado pode limitar a súa produción e

consequently aumentar os seus prezos por encima do nivel que terían nun mercado competitivo, sen que existan competidores que poidan contrarrestar este efecto e sen provocar por elo 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, a prive dos beneficios que obtén co aumento. 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.

Mercado relevante

43. O mercado relevante é un concepto que permite identificar aos 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 de produto

44. Como xa tivemos ocasión de expoñer na nosa Resolución de 10 de xullo de 2012, no Expte. R1/2012–*Tanatorio de Valga*, o mercado de produto comprende “a *totalidade dos produtos e servizos que os consumidores consideren intercambiables ou sustituíbles 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 prezos do mesmo, 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 E, iso significa que X e E están no mesmo mercado ou, o que é o mesmo, que se trata de produtos substitutivos ou intercambiables. Así mesmo deben observarse as consecuencias que ten o pequeno aumento do prezo desde o punto de vista da oferta dado que –en ocasións– os produtos non son substituíbles aos ollos do consumidor, pero si os son para os produtores. Por tanto, se o aumento do prezo dun produto X provoca que os fabricantes de E comecen a fabricar X atraídos pola alza do seu prezo, iso tamén significa que ambos os produtos pertencen ao mesmo mercado. A delimitación do mercado debe ter en conta tanto a substituíbilidade do produto desde o punto de vista da demanda, como da oferta.

- 45.A Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia pronunciouse reiteradamente sobre a delimitación do mercado relevante no ámbito dos servizos afectados polo presente expediente. Así, no seu Informe de 20 de outubro de 2004 sobre a concentración C-85/04–*Intur/Euro Stewart*, a autoridade de competencia alude á existencia dun mercado de “servizos mortuorios” que inclúe todas as actividades necesarias desde 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 fora do termo municipal), os servizos de tanatorio e os de cemiterio.
- 46.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, cadaleitos, arcas e urnas, enferetramiento, servizos de coches fúnebres e organización do acto do enterro, subministración de flores e coroas, traslado de cadáveres fose 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 adecuadas condicións hixiénico-sanitarias, e as prácticas para o tratamento dos cadáveres de conformidade co autorizado polas leis; e c) Servizos de cemiterio, que son os realizados desde 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, aínda que cabe a competencia coa iniciativa privada.
- 47.No caso que nos ocupa, o mercado de produto relevante está constituído polos servizos de tanatorio, na medida en que a conduta de Pompas Fúnebres de Arousa garda relación co prezo dos servizos de aluguer das salas do tanatorio municipal ás empresas rivais. A conduta incide, así mesmo, no mercado conexo de servizos funerarios, pola íntima conexión que existe entre ambos os servizos, tal e como expoñeremos máis adiante.
- b) Mercado xeográfico*
- 48.En liña coa argumentación que expuxemos no expediente R1/2012–*Tanatorio de Valga*, os mercados deben tamén delimitarse desde 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 prevalecentes 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 polo elevado prezo ofrecido polos provedores locais. Desde 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. Desde 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.

49. No caso dos servizos funerarios, a xurisprudencia acepta de maneira unánime que tratase dun servizo de ámbito local dada a estreita vinculación existente entre o lugar de enterramento e velorio dunha persoa e unha concreta zona xeográfica onde dita persoa ten as súas raíces. Neste sentido, o Tribunal Supremo ten declarado 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. En concreto, a Sentenza de 14 de xuño do 2013, afirma no FJ 11º que “os mercados descritos de servizos funerarios, de tanatorio e de cemiterio son de ámbito local”.
50. A representación de Pompas Fúnebres de Arousa, nas súas alegacións á primeira Proposta de resolución, cualifica de delirante a idea da Subdirección de Investigación do CGC de circunscribir o mercado relevante ao termo municipal, con argumentos de escaso peso científico como son a alusión á extensión xeográfica do municipio ou o feito de que os municipios lindeiros dispoñan tamén de tanatorio. Parece lóxico pensar que –por exemplo- á familia dun veciño de Santiago de Compostela gustaríalle que o seu cadáver fose velado na súa cidade, para facilitar un transo tan doloroso como é o falecemento dun achegado, independente da extensión que poida ter o termo municipal ou de que haxa outros tanatorios en municipios lindeiros. Entendemos que non é preciso abundar en tales argumentos dado o abafador peso da xurisprudencia antes aludida.
51. En definitiva, o mercado xeográfico relevante ten un carácter eminentemente local e está delimitado polo municipio de Catoira.

Poder de mercado

52. Unha vez definido o mercado relevante, o seguinte paso para aplicar o artigo 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.

53. 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 xeito, pódese calcular o tamaño total do mesmo, para despois determinar a porcentaxe que representa un operador en particular.
54. Aínda que non existe unha cota de mercado concreta que permita concluír automaticamente que unha empresa dispón de poder de mercado, a análise da xurisprudencia comunitaria permite establecer certas xeneralizacións: a) cotas de 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 de mercado elevadas (máis do 50%) considérase que *a priori* demostran a existencia de poder de mercado, sempre que non haxa probas noutro sentido; e c) cotas de mercado medianas (menos do 40%) adoitan dar a entender que non existe poder de mercado, salvo que o resto do mercado estea moi fragmentado. Así, por exemplo, na sentenza de 13 de febreiro de 1979 no asunto *Hoffman-A Roche*, o TJCE estimou que unha cota do 47% era suficiente para concluír que existía poder de mercado a tenor da reducida cota das empresas rivais.
55. No presente asunto, a posición dominante dunha empresa que –como Pompas Fúnebres de Arousa– é titular do único tanatorio que hai no termo municipal resulta acreditada pola elevadísima cota de mercado de que dispón. A entidade denunciada alega que a súa cota de mercado é moi inferior á que acabamos de indicar. Con todo, esta alegación parte dun punto de partida erróneo –a configuración dun mercado relevante máis amplo desde o punto de vista xeográfico– e, por tanto, non ha de ser estimada.
56. Para determinar se unha empresa ten poder de 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 fácil, é difícil concluír que unha empresa poida exercer un poder de mercado porque calquera intento pola súa banda de aplicar un prezo excesivo pode ser inmediatamente contrarrestado por outras empresas que, a pesar de 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 facilmente prezos elevados porque os seus competidores potenciais non se atopan en disposición de contrarrestar o seu exercicio de poder de mercado.
57. A posición de dominio de Pompas Fúnebres de Arousa vese reforzada pola existencia dunha barreira de entrada de natureza administrativa: a

concesión municipal do servizo de tanatorio. En virtude do devandito contrato, o Concello de Catoira cedeu ao concesionario a parcela sobre a que se construíu o tanatorio, correndo a cargo deste o custo de execución da obra. A concesión do servizo público supón unha barreira de entrada por canto os potenciais rivais terían que competir sen a vantaxe engadida que supón a cesión da parcela por parte do concello, tendo por tanto que asumir a compra do terreo no que edificar o tanatorio e a tramitación de todas as licencias necesarias para a súa construción.

Quinto: Explotación abusiva dunha posición dominante

58. Como xa tivemos ocasión de expoñer, o artigo 2 da LDC non prohibe a unha empresa dispoñer dunha posición dominante senón abusar da devandita situación. O abuso cometido por unha empresa dominante pode, por unha banda, prexudicar aos consumidores e usuarios dos seus produtos ou servizos, o que se veu en chamar abusos “explotativos”. Pero, por outra banda, tamén pode suceder que a conduta abusiva prexudique o funcionamento da competencia nun determinado mercado e, polo tanto, ás empresas rivais, trátase dos denominados abusos “excluíntes”.
59. O artigo 2 da LDC contén unha lista de condutas que, cando son realizadas por un operador dominante, poden constituír un abuso. A dita lista, con todo, non é exhaustiva, de maneira que o precepto admite outras modalidades de conduta abusiva máis aló das expresamente recollidas polo lexislador. Respecto diso, o Tribunal Supremo (*vide.*, por todas, a STS de 11 de outubro de 2013, FJ 4º), lémbraunos que o artigo 2 da LDC “*prohibe a explotación abusiva da posición de dominio en todo ou parte do mercado nacional (...), explotación abusiva que se describe a título de exemplo e de forma non exhaustiva en diversas condutas enumeradas no apartado 2 do precepto e nas que en ningún caso requírese a efectiva causación de prexuízos cuantificables a terceiros competidores, senón que basta que se produza o comportamento abusivo descrito, o cal se entende que é en se mesmo prexudicial para a competencia*”.
60. A xurisprudencia tamén considera que as distintas categorías de abuso non son excluíntes, de maneira que una mesma conduta pode constituír ao mesmo tempo un abuso de tipo *explotativo* e *excluín*te, na medida en que lesione os lexítimos intereses dos consumidores e do mercado simultaneamente. Por exemplo, se unha empresa de telefonía que é titular da rede aplica prezos (tarifas de interconexión) discriminatorios aos seus clientes (o resto de operadores de telefonía), dita conduta prexudica directamente a estes (abuso *explotativo*) pero –ao mesmo tempo– tamén pode restrinxir ou falsear a competencia no mercado ao facer que os usuarios finais contraten servizos cuns operadores fronte a outros, que serían máis caros por sufrir a discriminación (abuso *excluín*te).

61. A xurisprudencia tamén declarou que o operador dominante ten unha *responsabilidade especial* respecto do proceso competitivo e dos seus rivais. Como sinala o Tribunal de Xustiza da Unión Europea desde a sentenza *Michelin* (Asunto 322/81–*Michelin v. Comisión*, de 9 de novembro de 1983): “*incumbe (á empresa dominante), independentemente das causas que expliquen dita posición, unha responsabilidade especial de non impedir, co seu comportamento, o desenvolvemento dunha competencia efectiva e non falseada no mercado común*”.

Exclusión de competidores no mercado de servizos de tanatorio

62. No presente asunto a conduta abusiva de Pompas Fúnebres de Arousa consistiu en impoñer unhas tarifas discriminatorias pola prestación dos seus servizos de tanatorio. Segundo reiterada xurisprudencia, a discriminación de prezos é subsumible na letra a) do apartado 2º do artigo 2 da LDC (“*imposición de prezos ou outras condicións comerciais ou de servizo non equitativos*”) ou na letra d) do mesmo precepto (“*aplicación de condicións desiguais para prestación de servizos equivalentes*”). En concreto, a discriminación consistiu en fixar un prezo polo aluguer de salas moi superior ao prezo por subcontratación de servizos. Ditas tarifas discriminatorias impiden que empresas rivais poidan prestar servizos de tanatorio no municipio de Catoira. Se unha empresa de servizos funerarios quere prestar servizos no municipio de Catoira, as tarifas de Pompas Fúnebres de Arousa para o ano 2011 ofrécenlle dúas posibilidades. Pagar 717 euros se quen realiza o servizo é a entidade denunciada (tarifa por subcontratación) ou pagar 1.087 euros se é a propia empresa rival a que presta o servizo de tanatorio (tarifa por aluguer de sala). Enfrontado a esa tesitura, o lóxico é que a empresa rival prefira “subcontratar” o servizo de tanatorio antes de prestalo directamente o cal se traduce, na práctica, en que só hai unha empresa prestando servizos de tanatorio no municipio de Catoira (peche do mercado dominado).
63. A situación que acabamos de describir empeora respecto das tarifas de 2012 pois, cos sucesivos aumentos da tarifa por aluguer (ata tres veces superior á tarifa por subcontratación), resulta economicamente inviable que presten servizos de tanatorio empresas rivais. En efecto, non ten sentido que unha empresa realice directamente o servizo cando pode subcontratalo por un terzo desa cantidade, aforrándose ademais o custo do seu traballo.
64. A entidade denunciada, no seu escrito de alegacións á primeira proposta de sanción (numerado co 131 no expediente) alega que existen “*lexítimas motivacións económicas que xustifican os prezos ofertados en relación cos seus servizos*”, aínda que non aclara a que motivacións refírese máis aló de invocar xenericamente o seu dereito para “*obter lexítimamente un beneficio que xustifique a súa oferta*” de servizos. No presente expediente non se discute o dereito de Pompas Fúnebres de Arousa a cobrar polos

seus servizos e a obter beneficios. O que se cuestiona é que establecese un réxime de prezos que supón a exclusión dos seus competidores no mercado. Pompas Fúnebres de Arousa cobra ata dúas e tres veces máis polo aluguer das súas salas que pola subcontratación dos servizos, sen que dita diferenza pódase explicar por un lexítimo afán de obter beneficios.

65. No mencionado escrito, Pompas Fúnebres de Arousa argumenta tamén que *“os servizos ofertados pola empresa poden prestarse con carácter completo ou individualizado”* e que *“esa é a razón explicativa das dúas categorías (de) prezos que a empresa aplica (tarifas a profesionais e tarifas ao público)”*. No presente expediente non se analiza se Pompas Fúnebres de Arousa discriminou aos seus clientes particulares fronte aos profesionais, senón as razóns polas que cobra aos profesionais máis cando alugan a sala que cando subcontratan os servizos. Por tanto, dita alegación debe ser desestimada.
66. No seu escrito de alegacións á segunda Proposta de resolución, de data 13 de xuño de 2014, Pompas Fúnebres de Arousa manifesta que as súas tarifas no tanatorio de Catoira explícanse en función de *“os custos incorridos na prestación de tales servizos”*, á vez que detalla os custos materiais, persoais e financeiros nos que a empresa incorreu. Con todo, dita relación de custos non explica a razón pola cal alugar as salas é máis caro que subcontratar os servizos, que é o que se discute neste expediente. En efecto, para o empresario alugar a sala resulta menos custoso que subcontratar os servizos, pois -neste segundo caso- Pompas Fúnebres de Arousa ten que incurrir nos custos de prestación do mesmo. Así pois, se nos baseamos unicamente no custo, parece que alugar unha sala debería ser máis barato que subcontratar os servizos.
67. A entidade denunciada tamén argumenta que Funeraria San Antonio (cuxa actuación motivou a presentación da denuncia que deu orixe ao presente expediente) pretende *“operar no citado mercado xeográfico sen a asunción dos custos materiais e humanos mínimos que son propios dos servizos funerarios”* por iso é polo que *“resulta contrario á lóxica máis elemental que se poida considerar excluída do acceso ao submercado de tanatorios de Catoira”*. A anterior argumentación, de ser aceptada, conduciría a estimar lexítimo que calquera operador dominante que sexa titular dunha infraestrutura pode expulsar do mercado ás empresas rivais que non a teñen. Así, por exemplo, Movistar (antes Telefónica) podería expulsar do mercado aos denominados Operadores Móviles Virtuais porque non teñen rede de antenas propias. Ou Endesa podería expulsar aos comercializadores de gas independentes porque compiten se ter que asumir os custos de canalización da rede. É abundantísima a xurisprudencia que sostén que, nestas ocasións, o titular da infraestrutura debe cobrar un prezo equitativo aos empresarios rivais.

68. Doutra banda, Pompas Fúnebres de Arousa alegou reiteradamente que a súa conduta carece de efectos sobre a competencia por canto Funeraria San Antonio límitase a “*prestar directamente a particulares os servizos de transporte funerario*” e non é, na súa opinión, unha empresa de servizos funerarios. O Consello Galego da Competencia non ten directamente como misión protexer aos competidores, senón á competencia no mercado. As tarifas discriminatorias de Pompas Fúnebres de Arousa son susceptibles de restrinxir a competencia no mercado de tanatorio ao expulsar aos potenciais rivais. Por conseguinte, a natureza xurídica dun particular operador no devandito mercado é irrelevante para resolver o presente expediente. Todo iso sen prexuízo de que, como a propia entidade denunciada recoñece, Funeraria San Antonio preste servizos de transporte de cadáveres (entre outros servizos funerarios) e, por tanto, sexa un competidor de Pompas Fúnebres de Arousa no mercado conexo de servizos funerarios.
69. Finalmente, Pompas Fúnebres de Arousa argumenta que o prezo de aluguer de sala non é discriminatorio con apoio nas tarifas que polo devandito concepto aplícanse noutros cinco tanatorios escollidos por esta. Respecto da devandita afirmación, cabe realizar as seguintes reflexións. En primeiro lugar, non coñecemos o prezo da subcontratación de servizos nos cinco tanatorios mencionados e, conseguintemente, nada podemos concluír –sequera indiciariamente– acerca de se existe discriminación entre o aluguer de sala e a subcontratación de servizos nos mesmos. En segundo lugar, as tarifas achegadas polo aluguer de salas nestes cinco tanatorios son, na súa maioría, substancialmente máis reducidas que as vixentes no tanatorio de Catoira. Finalmente, a entidade denunciante non explica porqué elixiu as tarifas destes cinco tanatorios en particular (situados en lugares tan dispares como a capital da provincia, a cidade de Vigo ou os concellos de Ponteares e Tui) en lugar doutros quizais máis relevantes, como son os municipios lindeiros de Valga, Caldas de Reis e Vilagarcía de Arousa. En definitiva, os datos achegados non desvirtúan a natureza discriminatoria dos prezos de Pompas Fúnebres de Arousa no tanatorio de Catoira.
70. En definitiva, dado que a entidade denunciada non alegou –nin moito menos acreditou– algunha razón económica que poida explicar a extraordinaria discrepancia das tarifas por servizos e por aluguer de salas, entendemos que a mesma resulta discriminatoria en tanto que aplica condicións desiguais para prestacións equivalentes. A discriminación de tarifas ten o efecto de expulsar do mercado a potenciais empresas rivais, que desistirán de prestar servizos de tanatorio en Catoira, “escorrentadas” polas tarifas que cobra o operador dominante polo aluguer das salas.

Exclusión de competidores no mercado conexo de servizos funerarios

71. No caso que se nos presenta, Pompas Fúnebres de Arousa é o operador dominante no mercado de servizos de tanatorio no municipio de Catoira e a súa conduta ten efectos negativos tanto sobre o propio mercado dominado, como sobre o mercado conexo dos servizos funerarios. Lembremos que devandito mercado comprende, entre outras, a actividade de traslado de cadáveres desde o lugar en que se produciu o falecemento da persoa ata o tanatorio.
72. Cando Pompas Fúnebres de Arousa encárgase de prestar o servizo de tanatorio en réxime de subcontratación, a documentación obrante en autos permite colexir que a denunciada realiza non só os servizos de tanatorio propiamente devanditos, senón tamén os denominados servizos funerarios, entre os que se inclúe o traslado dos cadáveres, co que se está pechando á competencia non só o mercado de tanatorio en sentido estrito (no que é dominante) senón tamén o mercado de servizos funerarios (no que a denunciada compite con outros operadores).
73. No seu correo electrónico de 12 de xullo de 2013, Pompas Fúnebres de Arousa (documento 76) relata que o habitual no sector é que a empresa titular do tanatorio encárguese de todos os servizos relacionados cunha defunción:
- "Explícolles en que consistía e consiste o servizo de subcontratación de servizos para quen así o requira, (ao final da explicación fágolles un exemplo).*
- O servizo de subcontratación é sinxelo, un empresario do sector fúnebre chámanos, encárganos un servizo fúnebre e nós realizámolo no seu nome, facturando devandito servizo a ese empresario do sector, loxicamente cun prezo inferior para que teña un beneficio, máis que un prezo inferior, se lle aplica un desconto sobre a tarifa. Este empresario, a posteriori, factura á familia segundo o orzamento que teña estipulado e as súas tarifas.*
- Este é un procedemento moi habitual no sector, sobre todo, cando o funerario ao que se lle encarga o servizo non é da zona, ou ben se é da zona, vese saturado de traballo e non pode atender devandito servizo.*
- Ex.: Un funerario de Santiago, ao cal lle encargan un servizo en Catoira.*
- O defunto, natural de Catoira, pero que vivira en Santiago a maior parte da súa vida, pero a súa vontade é ser velado en Catoira e enterrado no devandito cemiterio. O funerario descoñece os costumes da zona (o cal lle impedirá facer un servizo de calidade) e a isto engadímoslle que está sobrecargado nese momento, é dicir, ten, poñamos de exemplo, 5 servizos que se encargaron pola a mesma hora e os seus recursos humanos están todos ocupados.*

Este profesional, chama á miña empresa, informa que ten un servizo en Santiago, que procede ao traslado do defunto e solicítanos: aluguer de sala, confección e repartición de necrolóxicas na zona, e ao día seguinte a condución e carrexadores para o enterro.

O que este funerario solicita, será que nós lle facturemos, a el, non á familia, xa que o cliente e o servizo encargáronse a el e nós só facemos o que nos subcontrata e sempre no seu nome. Neste caso, nós aplicaríamos as tarifas de Profesional, que son inferiores ás particulares.

Reitero que isto é unha práctica moi habitual no sector. Na miña empresa, por exemplo, cando falece algún cliente na Coruña, chamo a unha empresa da Coruña para que me faga o servizo de traslado, xa que se fose eu a por o defunto, á parte de tardar preto de hora e media en chegar a atender á familia, atoparíame con limitacións por descoñecemento da zona para traballar dunha forma fluída".

74. En definitiva, o esquema tarifario que aplica Pompas Fúnebres de Arousa resulta tamén prexudicial para a competencia no mercado de servizos funerarios, toda vez que permite á empresa que explota o tanatorio expulsar do mercado ás empresas que prestan servizos funerarios sen dispoñer dunha infraestrutura propia. Cúmprese así a aspiración da entidade denunciante de que sexan as empresas titulares do tanatorio na localidade da que o defunto é natural, as que asuman non só os servizos de tanatorio senón tamén todos os servizos funerarios
75. Este efecto excluínte é, precisamente, a situación á que pretende facer fronte o lexislador na Lei 24/2005 de reformas para o impulso da produtividade, cuxa Exposición de Motivos afirma que o seu obxecto é "*profundar na liberalización dos servizos funerarios, dotando de habilitación para operar en todo o territorio nacional ás empresas que contan con autorización de calquera Concello, o que facilitará a competencia entre prestadores*". Ningunha competencia entre prestadores pode haber se as tarifas dos titulares de tanatorios expulsan ás empresas rivais, tanto no mercado de tanatorios propiamente devanditos, como no mercado conexo de transporte de cadáveres (e o resto de servizos funerarios en sentido estrito).
76. No noso país, a *Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia* (e as súas antecesoras, a *Comisión Nacional da Competencia* e o *Tribunal de Defensa de la Competencia*) pronunciouse reiteradamente sobre casos parecidos ao que se nos presenta, sancionado ao operador dominante nun mercado de servizos mortuorios, que tenta estender o seu dominio noutros servizos conexos (véxase, por todas, a Resolución do TDC de 9 de outubro de 2001, Expediente *Funerarias Madrid 3*).

Sexto: Duración da infracción

- 77.No fundamento de dereito terceiro consideramos acreditado que as tarifas de Pompas Fúnebres de Arousa obxecto do expediente sancionador estiveron en vigor desde o inicio de actividades do tanatorio de Catoira, en maio de 2011, ata polo menos finais do ano 2013

Sétimo: Responsabilidade

- 78.Pompas Fúnebres de Arousa argumenta no seu descargo que as tarifas do tanatorio *“foron depositadas ante o Concello de Catoira pola empresa”* e que *“están a disposición do público e de calquera solicitante de servizos a prestar polo devandito tanatorio”* o cal, na súa opinión, permite concluír que *“non actuou nin con intencionalidade infractora nin de modo negligente”*. Fronte a dita tese, cabe lembrar que –como sinala *la Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia* na súa resolución de 31 de outubro de 2012, entre outras moitas-, *“é doutrina constante deste Consello e das autoridades comunitarias de competencia que a prohibición de acordos colusorios (ou de abuso de posición dominante) ten carácter obxectivo e é de natureza preventiva. Por tanto, aínda se o ICAH (colexio de avogados de Alcalá de Henares) non tivese a intención de restrinxir a competencia mediante o acordo obxecto da denuncia e, efectivamente, fose un erro (o que se analizará no fundamento de dereito relativo á sanción) procede valorar se, obxectivamente, por quen realiza a conduta e polo seu contido, é apto para restrinxir a competencia”* (FD 4º). Por tanto, o relevante non é a intención do infractor, senón a aptitude para restrinxir a competencia no mercado da súa conduta.
- 79.Sen prexuízo do que acabamos de indicar, non é menos certo que, en consonancia cos principios xerais que rexen o Dereito administrativo sancionador, o art. 63.1.b LDC esixe que as empresas sexan autores, de forma negligente ou deliberada, das condutas previstas na LDC. Sobre o particular, a sentenza da Audiencia Nacional de 9 de febreiro de 2004, relativa ao Colexio de Avogados de Jerez de la Frontera, dispón que *“como dicíamos na nosa sentenza de 2 de febreiro de 2004, antes citada, no presente caso a claridade da norma reguladora da prestación de servizos profesionais no territorio nacional, é clara e terminante, regula directamente os requisitos de tal exercicio, e establece un réxime concreto para o mesmo, por elo a dilixencia esixible do Colexio, engloba a aplicación do novo réxime que polos seus termos non requiría dun desenvolvemento normativo ulterior para a súa aplicación nin reviste unha especial complexidade na súa interpretación. Concorreu pois, polo menos, negligencia na conduta, que atendendo á contía da sanción imposta foi considerada na gradación da mesma”*.

80.No presente asunto, a normativa sectorial vixente é clara no sentido de permitir que calquera empresa de servizos funerarios pode prestar os seus servizos en distintos termos municipais, xa sexa de tanatorio ou outros relacionados como o transporte de cadáveres. A mesma claridade pódese predicar da Lei de Defensa da Competencia en cuxa virtude os operadores económicos non poden pactar os prezos ou outras condicións dos seus servizos (artigo 1 da LDC) nin tampouco poden abusar da súa posición de dominio no mercado mediante a imposición de prezos e condicións discriminatorias ou que de calquera outra forma que supoña a exclusión dos rivais (artigo 2 da LDC). En definitiva, Pompas Fúnebres de Arousa non actuou coa dilixencia que lle é esixible ao incumprir tanto a lexislación sectorial que lle resulta aplicable, como as regras xerais que rexen o principio constitucional de liberdade de empresa.

Oitavo: Cualificación da infracción

81.A tenor do disposto no artigo 62.2 da LDC, o abuso de posición de dominio tipificado no seu artigo 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”*.

82.No presente asunto danse, polo menos, dúas das circunstancias que sinala o art. 62.2 LDC para considerar unha infracción moi grave o abuso de posición dominante. Por unha banda, Pompas Fúnebres de Arousa ten unha cota de mercado próxima ao monopolio, tendo en conta que é o único operador presente no mercado relevante, definido como a prestación de servizos de tanatorio no municipio de Catoira. E, doutra banda, Pompas Fúnebres de Arousa é concesionaria dun tanatorio municipal, polo que goza de dereitos especiais ou exclusivos que non están ao alcance de potenciais competidores no mercado relevante.

83.Por máis abastamento, convén tamén ter en conta que, aínda que a liberalización do sector produciuse en virtude da mencionada Lei 24/2005 de reformas para o impulso da produtividade, diversos informes advirten do fracaso da liberalización, entre outras circunstancias, polas reticencias dos operadores económicos (véxase o Informe os Ministerios de Economía e Sanidade sobre os servizos funerarios en España, de 28 de xuño de 2010, citado anteriormente). Así as cousas, haxámonos nun sector económico no que a liberalización non está –nin moito menos- consolidada e ante unha conduta que, como xa tivemos ocasión de expoñer, atenta directamente contra os fins manifestados polo lexislador de 2005.

Noveno: Cuantificación da sanción

84. O artigo 63 da LDC dispón que as infraccións moi graves han de sancionarse cunha multa de ata o 10% do volume de negocios total da empresa infractora no exercicio inmediatamente anterior á resolución.

85. A Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia publicou unha Comunicación de multas na que, seguindo as pautas marcadas polas Directrices europeas na materia, calcúlase o importe da sanción en dúas fases. Na primeira determínase o importe de base da multa e na segunda realízanse axustes no devandito importe de base en función das circunstancias agravantes e atenuantes que concorran na empresa ou empresas infractoras.

Importe de base

86. O primeiro paso para calcular o importe da sanción consiste en determinar o “volume de vendas afectado pola infracción” que é a suma ponderada das vendas obtidas polo infractor nos mercados de produto ou servizo e xeográficos nos que a infracción producise ou sexa susceptible de producir efectos.

87. Pompas Fúnebres de Arousa é titular de tres tanatorios: o primeiro no municipio de Vilagarcía de Arousa, desde o ano 1992; o segundo no municipio de Cambados, desde o ano 2000; e finalmente o terceiro no municipio de Catoira, desde mediados de 2011. Dado que as tarifas consideradas abusivas aplicábanse respecto deste último, entendemos que a cifra de vendas que debe terse en conta é unicamente a do tanatorio de Catoira.

88. A entidade denunciada achegou ao presente expediente o volume de facturación que tivo no tanatorio de Catoira nos exercicios 2011, 2012 (anexo 4 do documento 131 do expediente) e 2013 (contestación o requerimento de información enviado o 10 de xuño de 2014).

Ano	Vendas
2011 (desde maio)	25.632,10 €
2012	65.808,92 €
2013	83.507,21 €

89. Segundo reiterada xurisprudencia dos tribunais da Unión Europea, para o cálculo do volume de vendas non se pode deducir o custo de fabricación ou de prestación dos servizos. Entre outras moitas, a sentenza do Tribunal

Xeral de 19 de maio de 2010, Asunto T-25/05 – KME *Germany et alt. v. Comisión Europea, afirma que:

“Non hai ningunha razón válida para requirir que o volume de negocios dun mercado de referencia calcúlese excluindo certos custos de produción” (parágrafo 97).

“En canto aos argumentos utilizados polos demandantes para sosteñer que, en lugar de utilizar o criterio do volume de negocios do mercado de referencia, sería máis apropiado, tendo en conta o propósito disuasorio das multas e o principio de igualdade de trato, fixar o seu importe en referencia á rendibilidade do sector afectado ou o valor engadido correspondente á mesma, o Tribunal considera que son irrelevantes” (parágrafo 98).

É innegable que, como factor para avaliar a gravidade da infracción, a facturación dunha empresa ou dun mercado é necesariamente vaga e imperfecta. Non fai unha distinción entre sectores cun alto valor engadido e os que teñen un baixo valor engadido, ou entre empresas que sexan rendibles e as que o son menos. Con todo, a pesar da súa natureza aproximada, o volume de negocios considérase na actualidade, polo poder lexislativo, a Comisión e o Tribunal de Xustiza, un criterio adecuado, no contexto do dereito da competencia, para avaliar o tamaño e a potencia económica das empresas en cuestión” (parágrafo 100).

90. A aplicación da doutrina precedente lévanos a desestimar as alegacións da denunciada no sentido de que a prestación dos seus servizos no tanatorio de Catoira supúxolle elevados gastos, entre os que destaca, a amortización do crédito destinado á súa construción. Non é a rendibilidade obtida polo infractor o que determina as sancións, senón o seu volume de negocios, por moito que devandito criterio sexa unicamente aproximado para avaliar o dano que a súa conduta pode causar á competencia no mercado. Por conseguinte, a vendas de Pompas Fúnebres de Arousa afectadas pola infracción, son as que se indican na anterior táboa.

91. Unha vez calculado o importe das vendas afectadas pola infracción, a Comunicación de multas española –segundo as pautas marcadas polas autoridades europeas– dispón que ha de aplicarse unha porcentaxe que, partindo do 10%, pode incrementarse *“ata en 10 puntos porcentuais”* cando a infracción é cualificada de moi grave. Como xa indicamos no fundamento xurídico anterior, a conduta de Pompas Fúnebres de Arousa merece dita cualificación por canto constitúe un abuso por parte dun monopolista que dispón de dereitos de exclusivos ou especiais. Por conseguinte, estimamos conveniente aplicar unha porcentaxe do 10% ao volume de vendas afectado.

92. Continuando coa metodoloxía prevista na Comunicación de multas, o importe básico da sanción debe incrementarse, cando sexa preciso, para reflectir a duración da infracción. A Comunicación atribúe un peso

decrecente a cada ano no que estivo vixente a conduta ilegal, de acordo cos valores seguintes (parágrafo 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.As tarifas abusivas de Pompas Fúnebres de Arousa estiveron vixentes desde o inicio da actividade do tanatorio, en maio de 2011 ata, polo menos, decembro de 2013. Consecuentemente, o importe ponderado das vendas no último ano debe tomarse completo, mentres que o do segundo debe reflectirse o 75% da devandita cifra e no terceiro, unicamente o 50%, tal e como se reflecte na seguinte táboa:

Ano	Volumen de ventas afectadas	Porcentaxe	Resultado de aplicar porcentaxe	Ponderación por 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 axuste

94.Unha vez calculado o importe de base, a Comunicación de multas dispón que o devandito importe ha de incrementarse ou reducirse en función das circunstancias agravantes e atenuantes presentes no caso, enumeradas de maneira non exhaustiva en parágrafos 2º e 3º do artigo 64 da LDC. Entre as primeiras, han de valorarse a reincidencia ou a falta de colaboración durante a investigación. Considéranse atenuantes, doutra banda, a realización de actuacións para por fin á infracción, a realización de actuacións tendentes a reparar o dano causado. Non apreciamos a presenza de circunstancias que aconsellen agravar a sanción, nin de atenuantes que permitan reducila.

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

RESOLVE

Primeiro: Declarar que Pompas Fúnebres de Arousa, SL infrinxiu o art. 2.2 letra d) da Lei de Defensa da Competencia ao aplicar unhas tarifas abusivas ás empresas rivais pola utilización dos servizos do tanatorio de Catoira.

Segundo: Declarar que dita infracción ten a consideración de moi grave, en virtude do disposto no art. 62.2 LDC, dado que Pompas Fúnebres de Arousa, SL ten unha cota de mercado próxima ao monopolio no mercado relevante e goza de dereitos especiais ou exclusivos.

Terceiro: Impoñer a Pompas Fúnebres de Arousa, SL, como autora da conduta infractora, unha multa sancionadora por importe de 14.567,9 euros.

Cuarto: Intimar a Pompas Fúnebres de Arousa, SL, para que cesamento na conduta e, en diante, abstéñase de realizar prácticas como a sancionada que poidan obstaculizar a competencia.

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

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