

RESOLUCION

Expte. SA MAD 12/2011 Funeraria Nuestra Señora de los Remedios

Consejo

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D^a Paloma Ávila de Grado, Consejera
D. Luis Diez Martín, Consejero

En Madrid, a 3 de mayo de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero Don Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de información reservada 12/2011 Funeraria Nuestra Señora de los Remedios, iniciado de oficio por el Servicio de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, a instancia de denuncia formulada por Floristería Abacá contra Funeraria Nuestra Señora de los Remedios, S.L, por supuestas conductas de abuso de posición dominante prohibidas por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la negativa de acceso a las dependencias del Tanatorio Norte de Madrid de persona y/o medio de transporte de la denunciante para la entrega de encargos florales en las instalaciones del denunciado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 30 de septiembre de 2011 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid (TDCCM) denuncia formulada por Floristería Abacá (FA) contra Funeraria Nuestra Señora de los Remedios, S.L (FNRR), a propósito de la negativa de acceso a las dependencias del Tanatorio Norte de Madrid de persona y/o medio de transporte de la citada floristería, para la entrega de encargos florales en las instalaciones de aquél, considerando el denunciante que esa conducta era constitutiva de un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
2. Recibida la denuncia, el SDC procedió a la realización de los trámites para la asignación de la competencia ejecutiva -que fue asignada al TDCCM - y al inicio de la práctica de una información reservada con el objeto de comprobar los hechos en que se fundamentaba

la denuncia, para determinar si se daba la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación del correspondiente expediente sancionador.

3. Conforme a la Propuesta de Archivo, recibida en el Consejo del día 27 de enero de 2012, resultan como hechos acreditados los siguientes:

3.1. El denunciante es la empresa Floristería Abacá situada en la calle Valdegovia 8, 28034 de Madrid. El denunciado, Funeraria Nuestra Señora de los Remedios, S.L, es una empresa que opera en el sector de pompas fúnebres y lleva a cabo la gestión del Tanatorio Norte de Madrid.

3.2. Conforme a la información aportada por el denunciante, existen dos floristerías Abacá: Abacá M30, sita en la calle Verdaguer y García 1 y 3, así como Abacá Fuencarral, ubicada en la Valdegovia nº1, la cual inició su actividad el 16 de septiembre de 2011.

Adicionalmente, en la floristería de Valdegovia, FA indicó que, desde el día de la apertura, la cifra de venta total había sido [...] euros en Septiembre de 2011, y [...] euros en Octubre de 2011, ascendiendo en total a [...] euros y, correspondiendo, según señaló FA, [...] euros a ventas relacionadas exclusivamente con el Tanatorio -es decir, un 86,92% del total-.

Sin embargo, de las facturas aportadas por FA, el importe total asciende a [...] euros, y el relativo a facturas en las que aparece indicado el Tanatorio Norte o FNSR es igual a [...] euros -representando así un 90,12% de las ventas totales-.

3.3. Por otro lado, FA afirmó que las facturas generadas hasta la fecha corresponden a la tienda Verdaguer y García 1 y 3. De ellas, 31 corresponden a pedidos generados en la calle Valdegovia y de éstos, según FA, 5 debieron cancelarse por imposibilidad de entrega -si bien FA no aporta documentación acreditativa de esto último-.

3.4. Funeraria Colmenar S.L es propietaria del Tanatorio Norte de la calle Valdegovia nº 8-10 y, mediante contrato de alquiler ha cedido la gestión del mismo a la empresa de servicios funerarios, Funeraria Nuestra Señora de los Remedios, S.L. Los ingresos anuales de la totalidad de las actividades del citado Tanatorio para el período comprendido entre 2006 y 2010, según los datos aportados por FNSR, son los siguientes:

Año	Importe (Euros)
2006	[...]
2007	[...]
2008	[...]
2009	[...]
2010	[...]

3.5. FNSR indicó que el 1 de abril de 2006 se firmó un contrato entre FNSR y Floristas Madrid Norte, S.L por el cual esta empresa iba gestionar la explotación de la floristería

existente en el Tanatorio Norte de Madrid. El contrato se prorroga tácitamente semestralmente, y FNSR precisó que constituye una explotación dentro del Tanatorio, pero con total independencia del mismo, habiendo autonomía y libertad empresarial entre ambas.

Floristas Madrid Norte, -cuyo objeto social, según indicó, es la floristería en general y vende productos a diversos clientes-, ha declarado que su única vinculación con FNSR es el citado contrato, no existiendo ningún tipo de participación fuera de ésta. Adicionalmente, su facturación a lo largo de los últimos cinco años ha sido la siguiente:

Año	Importe (Euros)
2006	[...]
2007	[...]
2008	[...]
2009	[...]
2010	[...]

- 3.6. FNSR manifestó que, desde el 16 de septiembre de 2011 -fecha de inicio de la actividad del denunciante- hasta el 20 de noviembre de 2011, ha facturado a FNSR [...] euros, correspondiendo a las entregas en el Tanatorio Norte de Madrid el importe de [...] euros -lo que supone un 45,21 %-, si bien las facturas relativas a FNSR aportadas por la cantidad de [...] euros no especifican que la entrega se realice en un lugar distinto a Valdegovia 8 y 10, lugar donde se ubica el Tanatorio Norte de Madrid.
- 3.7. En base al artículo 30 del Decreto 124/1997, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Sanidad Mortuoria que establece: *"Las empresas funerarias serán plenamente responsables de los materiales que suministren, así como del correcto funcionamiento del servicio, del personal y de la adopción de las medidas de protección necesarias para la manipulación de cadáveres"*.

FNSR declaró que, desde el año 2004, ha establecido unas normas de organización, que pretenden garantizar el buen funcionamiento de la empresa. Por ello, en las zonas comunes de las instalaciones del Tanatorio ha prohibido la venta o distribución de productos de todo tipo.

En ese sentido, el procedimiento para la entrega de flores y otros elementos funerarios, según FNSR se realiza de la siguiente manera [la negrita es del texto original]:

"1. Los proveedores...de material de floristería llaman al interfono

2. Baja a la recepción de mercancías un conserje de la empresa para abrirle y recepcionarle.

3. Identificada la mercancía que trae, y la empresa que lo envía, y comprobada su idoneidad, se le acompaña por nuestro personal, a través de nuestras instalaciones, por zonas reservadas (...), hasta el túmulo que le corresponde, donde ellos depositan los productos junto al cadáver.

4. Depositado el producto junto al cadáver, vuelve por nuestras instalaciones, acompañado por personal de la empresa, a través de la zona restringida, como son las zonas restringidas, donde se encuentran las salas de embalsamiento, salas de conservaciones temporales y tanatoestéticas, hasta la salida.

5. Nuestro personal se encarga de hacer compatible el tránsito de los proveedores hasta el abandono de las instalaciones, con el paso por zonas sensibles, así como el traslado de cadáveres que se está haciendo permanentemente".

3.8. Por lo que respecta a los floristas, FNSR señaló:

"Hasta el momento los floristas han accedido a nuestras instalaciones con la sola presentación del albarán, requisito que se hacía con la única intención, de que las flores que accedían a nuestro tanatorio correspondían a mercancías que eran distribuidas por canales ordinarios y legales de consumo".

Desde el mes de Septiembre del año en curso, la floristería ABACA, que había sido cliente normal desde su ubicación en calle Salvador de Madariaga, abre una tienda en la calle Valdegovia nº 1, y empieza con una política comercial de acoso a clientes y empleados, de nuestro tanatorio, intentando vender dentro de nuestras instalaciones, lo cual está totalmente prohibido, (...)10 que nos obligó a dar instrucciones, de que todas las floristerías, que trajeran productos a nuestras instalaciones desde ese momento, deberían de ajustarse a un protocolo de acceso".

A este respecto, FNSR aporta distintos justificantes de entregas diarias que se realizan en el Tanatorio por diversas floristerías, entre los días 23 de septiembre de 2011 -fecha en la que se inicia la aplicación del nuevo procedimiento de control de acceso de flores al interior del tanatorio- hasta el 23 de octubre de 2011 -teniendo entrada la información sobre las entregas a este Servicio el 25 de octubre de 2011-.

Posteriormente, en un escrito complementario, aparte de indicar la fecha de inicio de este nuevo sistema, FNSR afirmó que la falta de documentación aportada sobre la entrega de flores en los días 25 y 26 de septiembre y 2 de octubre de 2011, se debió, en los dos primeros casos, a la interrupción del procedimiento implantado para su evaluación -quedando suspendido de aplicación durante esos días- en el tercer día aludido, a que no se produjeron entregas.

En cuanto a la floristería Abacá, FNSR indicó que llevó flores a las instalaciones del Tanatorio Norte de Madrid desde su tienda de la calle de Verdaguer y García nº 3 de Madrid. Estas entregas se produjeron los días 25 y 29 de octubre, 2 y 3 de noviembre de 2011, sin que, según FNSR, en las dependencias del Tanatorio, se le pusiera ningún tipo de objeción ni impedimento para entrar, de acuerdo con el protocolo establecido para el acceso a las zonas reservadas de nuestras instalaciones.

Asimismo, FNSR afirmó que los productos que traen personalmente los familiares y amigos de los fallecidos, -siendo en la práctica, según FNSR, cantidades insignificantes- son recogidos y depositados por su personal junto al cadáver, o son dejados en las zonas públicas si ellos lo creen oportuno, asumiendo FNSR, la responsabilidad del hecho.

3.9. Según declaró FNSR, desde la entrada en vigor del procedimiento mencionado, la floristería Abacá de la calle Valdegovia nº 1 ha introducido flores con nombres falsos, lo que es reconocido por la propia FA. Además FNSR añade que la floristería Abacá no tiene la documentación en regla y sólo tiene licencia de almacén.

En ese sentido, FA aportó la licencia de actividad de venta menor de plantas y flores de la floristería de la calle Verdaguer y García 1 y 3, y la solicitud de licencia de taller floral de la situada en la calle Valdegovia 1.

Además, FA señaló que, desde la apertura del taller floral, ha tratado de igual manera a sus dos puntos de servicio. Ello es así, porque, según FA, las ventas siempre se generan desde la tienda Verdaguer y García.

3.10. De acuerdo con los datos procedentes de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, el número de tanatorios con sede en la localidad de Madrid es igual a 5, en concreto, Tanatorio Parque San Isidro, S.L (concesionaria: Interfunerarias, S.L), Tanatorio Sur (concesionaria: Empresa Mixta Servicios Funerarios), Tanatorio Norte de Madrid (concesionaria: Funeraria Nuestra Señora de los Remedios, S.L) , Tanatorio de Parcesa M-40 (concesionaria: Parcesa, Parques de la Paz, S.A) y Tanatorio M-30 (concesionaria: Empresa Mixta Servicios Funerarios)

3.11. Finalmente, FA señaló: *"Desde que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha requerido a la dirección del Tanatorio para cesar en la mala práctica que estaban realizando con nuestro negocio su actitud cambió radicalmente y han permitido sin restricciones la entrada de nuestros productos en sus salas de velación"*.

4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó sobre la Propuesta de Archivo y falló esta Resolución en su reunión de 11 de abril de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Competencia ejecutiva de la Comisión Nacional de la Competencia

En virtud del artículo 9 de la Ley de 6/2011, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (BOCM de 29 de diciembre de 2011), quedó extinguido el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, creado por la Ley 6/2004, de 28 de diciembre.

Desde el uno de enero de 2012, el ejercicio de las competencias en materia de defensa de la competencia en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid ha sido asumido por la Consejería competente en materia de comercio interior, la Consejería de Economía y Hacienda y, en concreto, por la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica.

Por lo tanto, de conformidad con los artículos 12.2 y 24 de la LDC y la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002, de 21 de febrero de Coordinación de las Competencia del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia son responsabilidad de la

citada Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica, residiendo las competencias de resolución de los expedientes en la misma materia en este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

Segundo.- Objeto de la Resolución

El artículo 49.1 de la LDC dispone que el órgano de instrucción incoará expediente sancionador cuando observe indicios racionales de existencia de conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley. En el número 3 del mismo precepto legal se añade que el Consejo, a propuesta del órgano de instrucción, acordará no incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas cuando considere que no hay indicios de infracción.

En su Propuesta de 21 de diciembre de 2011, el Servicio de Defensa de la Competencia del TDCCM propone a este Consejo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones que dieron lugar a la apertura de estas diligencias, por pérdida del objeto de la denuncia, comunicándole la decisión que adopte a los denunciantes y denunciado.

Por consiguiente, el objeto de esta Resolución es resolver si la Propuesta de Archivo formulada por el Servicio de Defensa de la Competencia del TDCCM es conforme a Derecho.

Tercero.- Ausencia de indicios de infracción

El Servicio de Defensa de la Competencia del TDCCM consideró que la conducta denunciada por Floristería Abacá, consistente en la negativa de acceso a las dependencias del Tanatorio Norte de Madrid de persona y/o medio de transporte, para la entrega de encargos florales en sus instalaciones, por parte de Funeraria Nuestra Señora de los Remedios, S.L podía ser constitutiva de una infracción del artículo 2.1 de la LDC, que prohíbe “*la explotación por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*”. Por ello, acordó la práctica de una información reservada al objeto de verificar los hechos denunciados y determinar la concurrencia de indicios de infracción del referido precepto legal.

A este fin, en primer término, el Servicio de Defensa de la Competencia del TDCCM analizó cual era el mercado relevante, concluyendo que era el mercado de servicios florales conexo al de servicios funerarios en el municipio de Madrid. A continuación el Servicio analiza si el denunciado puede tener posición de dominio en el mercado así delimitado, concluyendo, conforme a los hechos acreditados en la actuación reservada, que en el municipio de Madrid existen cinco tanatorios, de los que sólo uno es gestionado por el denunciado. Sobre este hecho y también apoyándose en doctrina del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia relativa a una conducta similar a la denunciada (Resolución de 21 de enero de 2004, Expte. R/575/03 *Interflora/Tanatorios Tortosa*, confirmada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2005), el órgano instructor concluye que Funeraria Nuestra Señora de los Remedios no tiene posición de dominio. Añade a este análisis, citando la Resolución de la CNC de 11 de octubre de 2007 (Expte, 616/06, *Tanatorios Castellón*, confirmada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2009) y conforme a los hechos acreditados, que el Tanatorio Norte gestionado por la denunciada tampoco se puede

considerar una instalación esencial en relación con los servicios de adornos florales mortuorios.

El Consejo coincide con esta valoración jurídica, que es la que ha expresado en el citado expediente 616/06: *"(...) Se podría resumir diciendo que, con anterioridad a este largo expediente de Castellón, en los casos en los que el Tribunal ha resuelto contra las funerarias gestoras de tanatorios en relación con el mercado de adornos florales mortuorios, Huesca o Asociación de Funerarias de Castellón, se ha tratado de acuerdos horizontales de precios en relación con un servicio de manipulación, custodia y transporte de adornos florales mortuorios. Cuando el Tribunal ha tratado las condiciones de prestación de este servicio desde la perspectiva de lo abusivo, por ejemplo en el caso de Tortosa, no ha considerado aplicable la doctrina de las instalaciones esenciales, ni siquiera la existencia de posición de dominio cuando competían dos tanatorios en la localidad. Es cierto, que ha considerado que cuando los tanatorios son gestionados por una empresa en régimen de monopolio y las funerarias carentes de estos servicios lo demandan, podían ser instalaciones esenciales, pero para el caso de prestación de servicios de tanatorio a funerarias con cadáveres en tránsito y no para el depósito de adornos florales mortuorios"*.

En todo caso, la valoración jurídica del órgano instructor no se detiene aquí, como podría haberlo hecho, sino que además analiza la acreditación de la conducta denunciada y la trascendencia, en relación con el archivo, del hecho de que el denunciante ha admitido que ya se le permite el acceso al Tanatorio de Madrid. En cuanto a la veracidad de los hechos, se señala en la Propuesta de Archivo que aun cuando el denunciado reconoce la negativa de acceso y que el denunciante manifieste que fueron 5 de 31 las facturas canceladas, no se ha podido "acreditar con certeza que se produjeron los rechazos de entregas de flores". En cuando al cese de la conducta denunciada, el órgano instructor considera que esta circunstancia constituye una *"modificación objetiva del asunto que nos ocupa"*, en el sentido que ha hecho desaparecer *"el objeto del asunto"*, lo que le lleva a proponer el *"archivo del expediente por falta de objeto"*, y ello en aplicación del art. 49.3 de la LDC.

El Consejo coincide con el órgano de instructor en que procede el archivo de las presentes diligencias de actuaciones reservadas, pero no en la causa que las motiva. El cese en una conducta, que se denuncia como infractora de la prohibición de abuso de posición de dominio, en modo alguno se puede considerar que causa la pérdida de objeto de un eventual expediente sancionador, porque en todo caso, acreditada la conducta y su carácter abusivo, habrá existido necesariamente un daño a la competencia durante el tiempo en que se ejecutó.

El archivo es conforme a derecho porque la denunciada carece de posición de dominio y, a mayor abundamiento, de los hechos que se consideran acreditados por el órgano instructor no se desprenden indicios de arbitrariedad o discriminación que hagan abusiva la conducta de la denunciada en relación con los servicios de adornos florales mortuorios. Por tanto, procede el archivo de estas actuaciones conforme a lo previsto en el art. 49.3 de la LDC.

En mérito a lo que antecede, vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar el expediente de actuaciones reservadas nº SA MAD 12/11, iniciado por el Servicio de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, al no existir en las mismas indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid y a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a los denunciantes y denunciados, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.