

RESOLUCIÓN
(Expte. SAMAD/12/10, TANATORIOS COSLADA)**SALA DE COMPETENCIA****PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROSD^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera GonzálezD^a. María Pilar Canedo Arrillaga**SECRETARIO**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 12 de septiembre de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador SAMAD/12/10, TANATORIOS COSLADA, incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, contra FUNERMADRID, S.L., por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en un abuso de su posición de dominio al negarse a permitir el uso de las instalaciones del tanatorio municipal de Coslada a otras empresas que prestan servicios funerarios.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 16 de abril de 2010, tuvo entrada en la Dirección de Investigación (DI) de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) denuncia en nombre y representación de Parques de la Paz, S.A. (PARCESA) por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) realizadas por FUNERMADRID, S.L. del Grupo MÉMORA (MÉMORA) en cuanto empresa gestora de los servicios que se prestan en el tanatorio municipal de Coslada. Concretamente la empresa denunciaba la denegación por parte de MÉMORA del uso de la sala velatorio del

tanatorio a las entidades que no tuvieran licencia como empresa de servicios funerarios en el término municipal de Coslada.

2. La mencionada denuncia se recibió en la DI junto con un escrito de la Concejalía de Salud y Consumo del Ayuntamiento de Coslada, poniendo en conocimiento que el Servicio Municipal de Consumo estaba tramitando expediente de reclamación nº 344/2009, en virtud de una denuncia formulada por PARCESA.

Igualmente, en dicho escrito, el Servicio Municipal solicitaba a la DI que le informase si la actuación denunciada pudiera constituir alguna práctica prohibida por la LDC, así como de las posibles propuestas de mejora de la *Ordenanza Reguladora de los requisitos para la prestación de los servicios públicos funerarios en el Municipio de Coslada* (BOCM de 10 de agosto de 2004).

3. Con fecha 18 de mayo de 2010, de conformidad con lo establecido en los artículo 2 y 5.dos a) de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, se entendió por la CNC y por la antigua Dirección del Servicio de Defensa de la Competencia del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, que la conducta denunciada alteraba la competencia exclusivamente en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, siendo competente, por tanto, para su instrucción la autoridad de competencia de la Comunidad Autónoma. Por ello, la CNC dio traslado del expediente original a la autoridad de competencia de la Comunidad de Madrid.
4. Con fecha 16 de junio de 2010, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 49.2 de la LDC, el Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid (SDCM) inició una Información Reservada 12/2010, Tanatorio de Coslada, al objeto de determinar, con carácter preliminar, la existencia de indicios racionales de posibles conductas restrictivas de la competencia.
5. Posteriormente, con fecha 25 de enero de 2012, la entonces Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica (DG)¹ remitió al Consejo de la CNC una Propuesta de no incoación y archivo del procedimiento sancionador.

¹ Desde el 1 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, esto es, por la Consejería de Economía y Hacienda, y en concreto, dentro de la Viceconsejería de Economía, Comercio y Consumo, por la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica. Las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia son responsabilidad de la Dirección citada, residiendo las competencias de resolución de los expedientes en la misma materia en el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

6. Sin embargo, el Consejo de la CNC acordó no proceder al archivo y con fecha 23 de marzo de 2012, interesó a la autoridad de competencia de la Comunidad de Madrid la incoación de expediente sancionador contra MÉMORA, por entender que su negativa a la prestación de servicios de tanatorio a otras empresas de servicios funerarios podría ser constitutiva de infracción de la LDC, procediéndose por tanto a la devolución del expediente a la DG.
7. Consecuentemente, en virtud del artículo 49.1 de la LDC, con fecha 27 de abril de 2012, la DG acordó la incoación de un expediente sancionador por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 2 y 3 de la LDC.
8. El 28 de mayo de 2012, la DG elevó al Consejo de la CNC una propuesta de medidas cautelares, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 de la LDC, proponiendo que se impusiera a MÉMORA la obligación de: *“abstenerse de denegar la sala velatorio por motivos de licencia, siempre y cuando la mercantil solicitante dispusiera de los permisos adecuados para el ejercicio de la actividad obtenidos en cualquier municipio del territorio español, y con independencia del lugar de captación del servicio.”*

Las medidas cautelares propuestas fueron adoptadas por Resolución del Consejo de la CNC de 26 de junio de 2012.
9. Con fecha de 10 de septiembre de 2012, la DG elaboró el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), notificándolo a todas las partes interesadas. Solo se recibieron alegaciones de la DI, que tuvieron entrada en la DG el 25 de septiembre de 2012, en las que señalaba la necesidad de redacción de un nuevo PCH en el cual se definieran los hechos acreditado y todos aquellos elementos que llevaran a considerar que eran constitutivos de infracción y la calificación jurídica de los mismos, así como la responsabilidad de sus autores.
10. Con fecha 18 de octubre de 2012, se procedió por la DG a la elaboración de nuevo PCH, que se notificó a los interesados, concediéndose un nuevo plazo para la realización de alegaciones al mismo. Los interesados no presentaron alegaciones.
11. Con fecha de 29 de enero de 2013, se procedió por la DG al cierre de la instrucción del expediente que se notificó a los interesados.
12. Con fecha 30 de enero de 2013, la DG elaboró la Propuesta de Resolución (PR) que se notificó a los interesados, sin que estos formularan alegaciones a la misma.
13. Con fecha 12 de marzo de 2013, la DG elevó el Informe y la PR al Consejo de la CNC. En la misma propuso que se considerase acreditada la realización por parte de MÉMORA de una conducta contraria al artículo 2.2 c) de la LDC, consistente en denegar el uso de las salas velatorio del tanatorio de Coslada cuando se dan los supuestos reconocidos por la imputada. Sin embargo, la DG consideraba que no concurría el elemento

de culpabilidad en “*el comportamiento de la mercantil MÉMORA, en cuanto la normativa aplicable es susceptible de diferentes interpretaciones posibles, no dando lugar a la aplicación de la sanción por infracción muy grave prevista en el artículo 63.1 c) de la LDC.*”

Por ello, propuso no sancionar a MÉMORA.

14. Con fecha 18 de septiembre de 2013, el Consejo de la CNC acordó solicitar determinada información a MÉMORA. Asimismo, procedió, conforme a lo dispuesto en el artículo 37.1 a) de la LDC, a suspender el plazo máximo para resolver hasta la aportación de la información requerida o, en su caso, hasta que transcurriera el plazo de 3 días concedidos para su aportación.
15. Con fecha 27 de septiembre de 2013, tras haberle concedido previamente una ampliación de plazo, se recibió en la CNC contestación al requerimiento anterior y se procedió a levantar la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente.
16. El 4 de octubre de 2013, el Consejo de la CNC dictó Resolución en el expediente sancionador SAMAD/12/10, TANATORIOS COSLADA. En su fundamento de derecho SEXTO manifestaba que “*la conducta de MÉMORA no puede ser considerada sino como dolosa, en la medida en que fue realizada con pleno conocimiento y voluntad de obtener las consecuencias anticompetitivas que de ella se derivaban*” (subrayado añadido) y, en consecuencia, resolvía en los siguientes términos:
 - “**PRIMERO.-** Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del Artículo 2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, de la que es responsable la mercantil Servicios Funerarios FUNERMADRID S.L. del Grupo MÉMORA (MÉMORA).
 - “**SEGUNDO.-** Imponer a Servicios Funerarios FUNERMADRID S.L. una multa sancionadora por importe de CIENTO CUARENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO EUROS (141.884 €).
 - “**TERCERO.-** Intimar a Servicios Funerarios FUNERMADRID S.L. a que permita la utilización de las salas velatorio del tanatorio de Coslada a cualquier otra empresa de servicios funerarios que disponga de la autorización necesaria para el ejercicio de la actividad obtenida en cualquier municipio con independencia del lugar de captación del servicio, así como a abstenerse en el futuro a llevar a cabo conductas similares a la sancionada.
 - “**CUARTO.-** Instar a la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.”
17. Contra la citada Resolución de 4 de octubre de 2013, MÉMORA interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue estimado en parte por la Audiencia Nacional mediante sentencia de 14 de octubre de 2016 (recurso 594/2013). La Sentencia de la AN anuló la resolución de la CNC por no ser

ajustada a derecho en los términos indicados en su fundamento de derecho SÉPTIMO:

“Por ello, una vez que el órgano instructor calificó los hechos como constitutivos de una infracción y declaró, tanto en el PCH como en la Propuesta de resolución, la ausencia de culpabilidad de la actora, el órgano decisor no puede, sin más, prescindir de dicha calificación sin la previa audiencia de la interesada, en este caso de la recurrente. En efecto, si el Consejo de la CNC, contrariamente al criterio expresamente manifestado en su propuesta por la Dirección de Investigación, entendía que la actuación fue dolosa, debería haber oído al respecto a la parte afectada y al no haberlo hecho así vulneró el derecho de defensa de la actora, procediendo declarar la nulidad de la Resolución impugnada.

En consecuencia, procede la estimación en parte del recurso contencioso-administrativo, anulándose la resolución impugnada en autos, sin necesidad de entrar en el examen de los demás motivos impugnados, y en consecuencia retrotraer las actuaciones al momento anterior a la dición de la resolución que dicte el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, para que proceda a dar trámite del art. 51.4 de la LDC 15/2007.”

18. El 24 de enero de 2017, tuvo entrada en la CNMC testimonio de dicha sentencia con expresa indicación de que no era firme al haberse preparado recurso de casación por parte de MÉMORA. Dicho recurso de casación fue inadmitido por auto del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2017 ante la carencia de interés casacional (recurso 225/2017).

El 24 de julio de 2017 tuvo entrada en la CNMC testimonio de dicho auto con expresa indicación de la firmeza de la sentencia de la Audiencia Nacional.

19. Mediante Acuerdo de 27 de julio de 2017, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, en virtud de lo establecido en el artículo 51.4 de la LDC, acordó proceder a la recalificación de la infracción por entender, a diferencia de lo considerado por DG, que pudiera concurrir en la incoada una conducta dolosa y, en consecuencia, proceder la imposición de sanción por infracción muy grave.

En el mismo Acuerdo, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC requirió el volumen de negocios total en 2016 de la entidad incoada.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 37.1, apartados f) y a) de la LDC, procedió a suspender el plazo máximo para resolver hasta la formulación de alegaciones y la aportación de la información requerida o, en su caso, hasta que transcurra el plazo concedido para las mismas.

Con fecha 4 de septiembre de 2017 se acordó levantar la suspensión del plazo máximo para dictar resolución, con efectos de 22 de agosto de 2017.

20. La respuesta al requerimiento de información y las alegaciones al Acuerdo de recalificación de MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L. tuvieron

entrada en la CNMC con fechas 9 y 21 de agosto de 2017, respectivamente.

21. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 12 de septiembre de 2017.
22. Son partes interesadas en este expediente, las que se relacionan a continuación.

II. LAS PARTES

FUNERMADRID, S.L. (absorbida por MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L.), es una entidad que se dedica a la prestación de servicios funerarios en diferentes Comunidades Autónomas y gestiona, entre otros, el Tanatorio Municipal de Coslada en régimen de concesión administrativa.

Tal como consta publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de fecha 26 de enero de 2010 (página 4277), FUNERMADRID, S.L. fue absorbida por MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L., quedando extinguida la primera con fecha 11 de febrero de 2010, según consta publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de 24 de febrero de 2010 (página 10262).

PARCESA, PARQUES DE LA PAZ, S.A. es una empresa dedicada a la prestación de servicios funerarios cuyo ámbito de actuación se concreta principalmente en la Comunidad de Madrid.

AYUNTAMIENTO DE COSLADA (municipio de la Comunidad Autónoma de Madrid), titular del tanatorio y con capacidad para regular en su ámbito el sector en el que se produce la denuncia.

III. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

1. *La normativa reguladora de los servicios funerarios*

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) atribuye a los municipios las competencias en materia de cementerios y servicios funerarios *“en los términos establecidos por la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”*. Ahora bien, el artículo 26.1.a) de la Ley citada, establece tan solo el cementerio como servicio de obligatoria prestación en todo municipio con independencia de su población, y no así los servicios funerarios.

Posteriormente, mediante Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad

económica, se liberalizaban los servicios funerarios, anulando la reserva de la actividad de los mismos a favor de las entidades locales (hasta entonces monopolio legal en el artículo 86.3 de la LBRL) y abriendo el mercado de los servicios funerarios a las empresas privadas, estableciendo la posibilidad de que los municipios pudieran someter a autorización la prestación de estos servicios, teniendo aquella carácter reglado y debiéndose precisar normativamente los requisitos objetivos para obtenerla. Así pues, los servicios funerarios podían ser prestados por el propio Ayuntamiento, por empresas públicas, por empresas mixtas, o por empresas privadas en régimen de competencia previa autorización municipal.

Con la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, se profundizó en la liberalización dando nueva redacción al artículo 22 del Real Decreto-Ley 7/1996, que quedó redactado en los siguientes términos:

“Se liberaliza la prestación de los servicios funerarios.

Sin perjuicio de lo anterior, los Ayuntamientos podrán someter a autorización la prestación de dichos servicios. La autorización tendrá carácter reglado, debiéndose precisar normativamente, de acuerdo con los criterios mínimos que, en su caso, fijen el Estado y las Comunidades Autónomas en desarrollo de sus competencias, los requisitos objetivos necesarios para obtenerla, y se concederá a todo solicitante que reúna los requisitos exigidos y acredite disponer de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres. Las normas que regulen los requisitos de las autorizaciones para la prestación de estos servicios no podrán establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector.

Los prestadores de servicios funerarios que obtengan de cualquier Ayuntamiento la autorización a que hace referencia el párrafo anterior, conforme a los criterios en él expresados, podrán realizar en todo el territorio español la actividad asociada a sus funciones principales consistente en el traslado de cadáveres, cumpliendo en cada caso los requisitos establecidos en las normas de policía sanitaria mortuoria aplicables.”

Y a su vez, en la Exposición de motivos de la norma citada se precisa:

“En el Capítulo tercero se profundiza 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, incentivando un aumento de su productividad”.

En 2009, la actividad funeraria quedó sometida al nuevo marco de regulación de las actividades de servicios que establece la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Esta Ley, que transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006, refuerza la idea de que cualquier medida que suponga una limitación al acceso o al ejercicio de una actividad de

servicios debe estar justificada por una razón imperiosa de interés general y debe ser proporcionada.

2. El mercado afectado por la conducta

Los servicios funerarios incluyen una serie de actividades de muy diversa naturaleza, entre ellas podemos citar: información sobre los trámites administrativos preceptivos de la defunción; prácticas higiénicas en el cadáver y restos humanos; suministro de féretros y demás material funerario; enferetramiento y traslados del cadáver o restos humanos; servicios de tanatorio (velatorio, tanatopraxia, tanatoestética y demás prácticas sanitarias, depósito de cadáveres etc); y una serie de servicios complementarios, como los de organización de exequias; alquiler de vehículos de acompañamiento; publicación de esquelas y ayuda psicológica. En esta delimitación del mercado de servicios funerarios quedan excluidos los servicios de cementerio y crematorio propiamente dichos, mercados que presentan la suficiente autonomía conceptual y especificidad para ser considerados no dependientes entre ellos.

Resoluciones del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia consideran también el servicio de tanatorio como independiente del resto de las actividades que se pueden desplegar bajo el concepto de servicio funerario, pudiendo ser contratado separadamente del resto de las prestaciones mortuorias (así, Resoluciones del TDC, de 16 de marzo y 20 de junio de 2001 en los expedientes R 461/00 Cementerio de la Paz y 495/00 Velatorios de Madrid, junto con el Informe de la operación de concentración C-85/04 INTUR/Euro Stewart).

El mercado de servicios funerarios en España se caracteriza, desde el punto de vista de la demanda, por ser estable, forzoso o de primera necesidad, ocasional, urgente y local. Y, desde el punto de vista de la oferta, por ser realizada principalmente por pequeñas y medianas empresas, no siendo frecuente que en un mismo municipio operen más de dos empresas, y localista, pues se define en áreas de actuación geográficamente muy limitadas con un alto grado de concentración de la oferta en las mismas. No obstante, estas características de la oferta deben de ser matizadas con la incorporación de grandes empresas multinacionales y la difusión de acuerdos de asociación y de agrupación de empresas, lo que genera una tendencia a la concentración horizontal. En la Comunidad de Madrid, según datos del Registro de Empresas, Instalaciones y Servicios Funerarios, a fecha de julio de 2011 había un total de 47 mercantiles registradas. Por lo que se refiere a la oferta de tanatorios, según datos aportados por la Dirección General de Ordenación e Inspección de la Consejería de Sanidad, en octubre de 2011 el total de tanatorios en la Comunidad de Madrid era de 85, de los que 76 estaban en localidades que tienen en su circunscripción tan solo un tanatorio (como es el caso de Coslada).

En conclusión, debido a las características de la demanda, así como a la estructura de la oferta, constituida por pequeñas y medianas empresas, se

considera que el mercado de servicios funerarios tiene un ámbito eminentemente local, lo que hace del tanatorio más cercano un elemento muy importante en la oferta que presentan las empresas de servicios funerarios en cada municipio.

Sobre el mercado de servicios de tanatorio y su ámbito geográfico se ha pronunciado tanto el Consejo de la CNC en las resoluciones de varios expedientes (Expte. 404/1997, Servicios Funerarios de Madrid, de 23 de diciembre de 1997; Expte. 495/2000, Velatorios de Madrid, de 20 de junio de 2001; Expte. 498/2000, Funerarias de Madrid, de 5 de julio de 2001; Expte. 502/2000, Funerarias Madrid 3, de 9 de octubre de 2001; Expte. 616/2006, Tanatorios Castellón, de 11 de octubre de 2007; Expte. 622/2006, Interflora/Tanatorio de Sevilla, de 18 de diciembre de 2007; y Expte. 650/2008, Funerarias de Baleares, de 3 de marzo de 2009) como la Audiencia Nacional en varias sentencias (SAN de 13 de abril del 2000, de 8 y 16 de noviembre de 2001 y de 5 de marzo de 2009), y la reciente Sentencia de 9 de diciembre de 2016(Recurso de Casación núm. 731/2014). En ellas se afirma su carácter local y de servicio casi imprescindible.

IV. HECHOS ACREDITADOS

La Ordenanza reguladora de los requisitos para la prestación de los Servicios Públicos funerarios en el municipio de Coslada (BOCM de 10 de agosto de 2004) (la Ordenanza), establece en su artículo 1 que los servicios funerarios en su término municipal se someten a autorización administrativa previa y reglada. Asimismo, los artículos 4, 7 y 9 de la misma señalan lo siguiente:

“Art. 4. El ejercicio dentro del término municipal de Coslada de los servicios funerarios exigirá, inexcusablemente, la obtención de la autorización municipal correspondiente, en los términos que se especifican en el capítulo IV de la presente ordenanza.

El otorgamiento de la autorización municipal no exime a la empresa funeraria el cumplimiento del resto de los requisitos y obligaciones que establezca el ordenamiento jurídico en vigor para su legal constitución y funcionamiento, específicamente será preciso obtener, en su caso, de forma previa las correspondientes autorizaciones municipales de instalación y funcionamiento de la actividad, si la empresa de servicios funerarios dispusiera de locales y oficinas en el municipio de Coslada.

Art. 7. Funcionamiento. Para ejercer la actividad a la que se refiere la presente ordenanza, las empresas de servicios funerarios deberán contar con locales y oficinas que garanticen la correcta prestación de los servicios que se les soliciten, así como la adecuada atención de los contratantes, peticionarios de servicios y usuarios en general.

La oficina administrativa, si se encontrase radicada en el municipio de Coslada, tendrá un servicio de atención al público ininterrumpido durante las veinticuatro horas del día, todos los días del año.

Art. 9. 1. El traslado de cadáveres o restos dentro del término municipal de Coslada podrá efectuarse por empresas que presten los servicios funerarios regulados en el artículo 2.1, con los requisitos establecidos por la presente ordenanza, o que dispongan de autorización para ello en el municipio donde se encuentren radicadas y hayan acreditado en el mismo que disponen de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres.

Asimismo deberán cumplir los requisitos que para esta actividad se establezcan en las disposiciones sobre transporte.”

Según consta en el expediente, en el municipio de Coslada hay dos empresas con sede y licencia en el término municipal para la prestación de servicios funerarios: MÉMORA y NUESTRA SEÑORA DEL AMPARO, S.L.

Asimismo, la empresa concesionaria del tanatorio de Coslada es MÉMORA, en virtud del contrato para la construcción y explotación del tanatorio y crematorio municipal y los servicios funerarios formalizado el día 23 de octubre de 2004.

Es de tener en cuenta, que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de concesión:

- 1) En su artículo 11, bajo la rúbrica de “Obligaciones del Concesionario”, hace referencia a la Ordenanza Reguladora de los requisitos para la prestación de servicios públicos funerarios en el municipio de Coslada (indicando expresamente que, en ese momento, estaba la norma en tramitación).
- 2) Prescribe que el concesionario estará obligado al cumplimiento de las disposiciones vigentes y aquellas que se promulguen durante la ejecución del contrato en materias mortuorias, la necesidad de cumplir las órdenes que se dicten por el Ayuntamiento en relación con el servicio, y la obligación de admitir el acceso al servicio a toda persona que cumpla con los requisitos dispuestos en la normativa de aplicación.
- 3) Se señala la obligación del concesionario de cumplir las ordenanzas o normas vigentes y aquéllas que el futuro se dictar para una mayor garantía de la explotación.
- 4) Se tipifica bajo la rúbrica “*Régimen Sancionador*” y como *falta grave del concesionario “la infracción de las condiciones establecidas por disposiciones legales o reglamentarias”*.

El 23 de abril de 2009, D. [XXX], tras el fallecimiento de su madre en el Hospital de Henares (Coslada), contrató a PARCESA como empresa funeraria para efectuar el traslado del cadáver, comunicándole a la empresa funeraria el deseo de realizar el velatorio en el tanatorio municipal de Coslada. Puesta en contacto PARCESA con MÉMORA, esta última denegó una sala de velatorio a la familia, por lo que PARCESA tuvo que arrendar una sala de velatorio en el Tanatorio de San Fernando de Henares.

MÉMORA ha reconocido en el expediente que ha denegado el servicio a PARCESA porque entiende que esta última no está autorizada para prestar este tipo de servicios en el municipio de Coslada.

Asimismo, consta en el expediente que ha habido otras denegaciones de cesión de sala por parte de MÉMORA a otras empresas, sobre la consideración de la concesionaria de que, o bien las empresas solicitantes habiendo captado el servicio en el término de Coslada no era titulares de licencia para la prestación de los servicios en esa localidad, o bien que las empresas solicitantes habían captado el servicio en un municipio distinto al de Coslada y en el que tampoco ostentaban licencia. En concreto, MÉMORA ha reconocido que ha denegado el servicio a las siguientes empresas: Funeraria Nuestra Señora de los Remedios, S.L.; PARCESA Parques de la Paz, S.A.; Barbi Comptense, S.L.; Servicios Funerarios Alcalá Torrejón, S.A.; y Servicios Funerarios de Aranjuez, S.L.²

Los motivos aducidos por MÉMORA para denegar el servicio constan en su escrito de 12 de julio de 2010, que dice lo siguiente:

“Como puede verse en el listado acompañado a este escrito como Documento 1, tanto a PARCESA, como al resto de entidades a las que se les ha negado el alquiler de la sala, se les ha facilitado ese arrendamiento en el tanatorio de Coslada, en muchas otras ocasiones. Ello es debido a que, en todos esos casos, el servicio ha sido captado por la funeraria solicitante fuera del término municipal de Coslada, en lugares donde sí cuentan con licencia para la prestación de servicios funerarios. A Coslada únicamente es traído el cadáver, dado que éste municipio es el destino final del fallecido, para su velación y posterior inhumación o incineración.

En todas y cada una de las ocasiones en que el acceso, por tratarse de un servicio captado en Coslada, por una empresa no autorizada para la prestación de servicios funerarios en ese municipio, se ha informado a la solicitante que la reserva debía efectuarse a través de una entidad autorizada para la prestación de servicios funerarios en Coslada. Tal y como refleja el Documento 2, tan solo mi representada y FUNERARIA NUESTRA SEÑORA EL AMPARO, S.L. cumplen con ese requisito.”

De estas seis denegaciones, cuatro han dado lugar a una reclamación ante la Concejalía de Salud y Consumo del Ayuntamiento de Coslada, en las fechas 24 de abril de 2009 (objeto de este expediente), 5 de julio de 2010, 9 de julio de 2010 y 21 de septiembre de 2010.

A mayor abundamiento, en respuesta a uno de los requerimientos de información solicitados a lo largo del procedimiento a MÉMORA, la empresa detalla las salas que ha alquilado en el periodo de abril de 2008 a junio de 2010 y a qué empresas. Así, se señala que el propio GRUPO MÉMORA ha utilizado 472 salas y ha alquilado 128 salas a la empresa Funeraria Nuestra Señora del Amparo, S.L. con sede en Coslada y otras 525 salas a funerarias muy diversas,

² Posteriormente, el ayuntamiento de Coslada ha facilitado un nuevo caso de denegación a la empresa Servicios Funerarios Cisneros (folios 590 a 610).

incluida PARCESA. No obstante, el denunciado aclara lo siguiente (folios 611 a 616):

“Las ocupaciones a que se refiere la tabla anterior responden en todos y cada uno de los casos a servicios funerarios de fallecidos fuera del término municipal de Coslada. En tales supuestos, la familia ha decidido que, de todas las tareas, gestiones y actos sociales que comportan los funerales de una persona, la velación del difunto se realice en el tanatorio gestionado por mi representada.

Posteriormente, si el lugar de inhumación del fallecido se encuentra fuera de la Comunidad de Madrid, es la propia funeraria solicitante la que recoge el cadáver del difunto, una vez terminada la velación, y se encarga de su traslado desde el tanatorio de Coslada hasta dicho lugar. Si el destino final del fallecido es la inhumación en la Comunidad de Madrid o debe ser incinerado en el crematorio de Coslada, es mi representada la que se encarga de otorgarle su destino final.

(...)

Como se desprende de la tabla adjunta, mi mandante no tiene inconveniente alguno en proceder al arrendamiento de salas velatorio, a cualquier entidad que así se lo pida, pero siempre y cuando el fallecimiento se haya producido fuera en el término municipal de Coslada.

(...)

Pero este proceder no puede extenderse para los fallecimientos, como el de la denuncia, acaecidos en Coslada, a los cuales les resulta de aplicación la Ordenanza municipal de esta ciudad. Consiguientemente, para estos fallecidos tan solo podrá arrendar salas, aparte de mi mandante, Funeraria Nuestra Señora del Amparo, S.L., por ser las únicas que disponen de licencia para la prestación de servicios funerarios en Coslada”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - HABILITACIÓN COMPETENCIAL

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 1 de enero de 2012 y hasta el 6 de agosto de 2015, el ejercicio de las competencias en materia de defensa de la competencia en el ámbito territorial de la citada Comunidad fue asumido por la Consejería de Economía y

Hacienda, y en concreto, por la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica³.

En función de lo dispuesto en las normas citadas, en los artículos 20.2 y 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y en la disposición transitoria única de la Ley 1/2002, al tiempo de la instrucción del presente expediente las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia eran responsabilidad de la citada Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad de Madrid, residiendo las competencias de resolución de los expedientes en el Consejo de la CNMC.

En este sentido, el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. - OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

La Sala de Competencia en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la DG, que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si la práctica investigada constituye una infracción de las normas de competencia, prohibida por el artículo 2 de la LDC, consistente en un abuso de posición de dominio por parte de MÉMORA al denegar el uso de las salas velatorio del tanatorio de Coslada, bajo determinadas circunstancias, al resto de empresas que lo solicitan.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, la conducta imputada a MÉMORA se ha desarrollado bajo la actual Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

TERCERO. - PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

En la presente Resolución el Consejo debe pronunciarse sobre la propuesta que le ha elevado la Dirección General de Economía, Estadística e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid en aplicación del artículo 50.5 de la LDC.

³ Con ocasión del Decreto 72/2015, de 7 de julio, del Consejo del Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid, y del Decreto 193/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, las competencias ejecutivas en defensa de la competencia, han pasado a ser desempeñadas por la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda.

En ella, la DG llega a la conclusión de que la conducta llevada a cabo por MÉMORA, consistente en denegar a otras empresas el uso de las salas velatorio del tanatorio de Coslada bajo determinadas circunstancias, constituye una infracción tipificada en el artículo 2.2.c) de la LDC consistente en un abuso de posición de dominio por la negativa injustificada a satisfacer la prestación de servicios, calificada como de muy grave atendiendo a lo establecido en el artículo 62.4 b) de dicha Ley. No obstante, la DG propone al Consejo que no se imponga sanción a la imputada por considerar que el comportamiento de MÉMORA no es culposos.

La DG asume las consideraciones de MÉMORA, en las que justifica la negativa de cesión de salas de velatorio a otras empresas al interpretar que la Ordenanza Municipal de Coslada que regula los servicios de tanatorio, al requerir la “autorización municipal correspondiente” para prestar el servicio en el término municipal, determina que únicamente pueden prestar el referido servicio en el municipio las empresas autorizadas por el Ayuntamiento de Coslada o las que estuvieran autorizadas por el ayuntamiento del municipio en que se capta el servicio, y el resto de empresas que no cumplen este requisito quedarían excluidas, aunque estuvieran autorizadas en cualquier otro municipio del territorio español distinto a los anteriores.

Para la DG, la expresión “autorización municipal correspondiente” que se contiene en la Ordenanza, al ser una expresión susceptible de varias interpretaciones posibles, evitaría la sanción de la conducta seguida por el infractor al tratarse de la norma municipal reguladora del servicio y de aplicación directa al operador.

Y concluye que *“en el comportamiento de MÉMORA no concurre el elemento subjetivo intencional suficiente de culpabilidad, y no se darían así indicios suficientes que desvirtúen, con prueba acabada de culpabilidad más allá de una duda razonable, el principio de presunción de inocencia”*.

CUARTO. - VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1. El abuso de posición de dominio de MÉMORA

El artículo 2 de la LDC, contenido en el capítulo I relativo a las conductas prohibidas por el derecho de la competencia, prohíbe a las empresas la explotación abusiva de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. Una de las conductas que el artículo considera que puede tener la consideración de abuso de posición de dominio es la consistente en la *“negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.”*

Como se ha encargado de matizar la jurisprudencia⁴, el artículo 2 de la LDC no prohíbe que una empresa tenga una posición de dominio en un mercado

⁴ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003 (recurso de casación número 4495/1998)

determinado; lo que prohíbe es que explote de manera abusiva esa posición en detrimento de la escasa competencia que ya pueda existir en ese mercado.

En el ámbito de la Unión Europea, la Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 2011 (asunto C-52/09 TeliaSonera), ha señalado que:

“En efecto, la explotación abusiva de una posición dominante prohibida por dicha disposición es un concepto objetivo que tiene por objeto los comportamientos de una empresa en posición dominante que, en un mercado donde la competencia ya está debilitada, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, tienen por efecto impedir, por medios distintos de los que rigen una normal competencia entre productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún existe en el mercado o su desarrollo (sentencia Deutsche Telekom/Comisión, antes citada, apartado 174, y jurisprudencia citada)”.

En atención a ello, a los efectos de acreditar la existencia de un abuso de posición de dominio por parte de MÉMORA en el mercado de prestación de servicios de tanatorio, es necesario analizar los elementos esenciales del artículo 2 de la LDC, cuya concurrencia se torna obligatoria para la consideración de la infracción. Estos elementos son la posición de dominio de MÉMORA en el mercado en el que se produce la conducta aquí analizada y la explotación abusiva de esa posición que impide el mantenimiento del grado de competencia existente o su desarrollo, e incluso elimina ese grado de competencia preexistente al practicar conductas exclusionarias sobre el resto de competidores.

La determinación de la cuota de la empresa en el mercado es un punto de partida, aunque por sí misma no sea un elemento suficiente para apreciar la existencia de una posición de dominio, tal como ha señalado en anteriores ocasiones la autoridad de competencia⁵ y la jurisprudencia al respecto. Por ello, como establece la sentencia United Brands⁶, profusamente citada en este tipo de análisis, la posición de dominio deberá apreciarse a la luz de varios factores, como la existencia de barreras de entrada o el poder de negociación, factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes para considerar la posición de dominio de una empresa, pero que ayudan a corroborar la presunción de que una elevada cuota de mercado podría dar lugar a una posición de dominio.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016 (Recurso de Casación núm. 731/2014), en el análisis de un asunto similar al presente, viene a señalar varias circunstancias que conviene sean tenidas en cuenta por esta Sala para considerar la posición de dominio de MÉMORA, y que quedan resumidas en el siguiente párrafo:

⁵ Por todas, Resolución del TDC de 19 de abril de 2007 (Expte. R. 657/05 Productos Lácteos).

⁶ Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 1978 (asunto 27/76).

“Tal como señalábamos más arriba, una vez establecido que el mercado relevante era local, es claro que la mercantil denunciada ocupaba una posición de dominio por las razones expresadas en el fundamento transcrito, las cuales asumimos. Así, las circunstancias de ser la empresa demandada la única que prestaba servicios de velatorio en Valencia de Alcántara, el no ser sustituible dicho servicio en términos de demanda y ser ésta prácticamente inelástica, además de las razones que menciona la Sala en cuanto a las barreras para la implantación de nuevas empresas (servicio sometido a autorización administrativa, costes de instalación, circunstancias locales) son factores que acreditan suficientemente la referida posición de dominio de la mercantil Tanatorio Sierra de San Pedro, S.L.” (el subrayado es nuestro)

En el asunto que nos ocupa, MÉMORA es la concesionaria de la única instalación de tanatorio que existe en Coslada. Además, existen evidentes barreras de entrada para la prestación del servicio de tanatorio en el citado municipio, coincidentes con las señaladas por el alto Tribunal en la sentencia citada. En este sentido, basta acudir a la Ordenanza del Municipio de Coslada que regula la prestación de estos servicios para apreciar que los requisitos para la actividad de tanatorio allí previstos suponen evidentes barreras legales y económicas para las empresas que desean instalarse en el municipio. Algunos de estos requisitos consisten en:

- Estar en posesión de las licencias urbanísticas correspondientes.
- Estar situados en edificios de uso exclusivo y tipología de edificación aislado.
- Disponer, al menos, de cuatro salas-velatorio.
- Disponer de servicio cafetería.
- Disponer de zona destinada para aparcamiento.

Por tanto, la necesidad de adquirir licencias y disponer de locales con las características descritas en la normativa reguladora suponen evidentes cargas de difícil asunción por parte de las empresas del sector. No olvidemos que nos encontramos ante un mercado en el que tradicionalmente han predominado pequeñas y medianas empresas que operan en áreas geográficas limitadas, por lo que para la mayoría del sector la imposición de cargas excesivas, tanto legales como económicas, supone evidentes barreras de entrada al mercado.

A los factores ya analizados hay que añadir, además, que los usuarios de este tipo de servicios tienen una capacidad de negociación ciertamente limitada o nula, principalmente, por la situación y circunstancias personales de los usuarios que contratan estos servicios, por el escaso margen temporal del que gozan para acometer cualquier tipo de negociación y por la insuficiente información que reciben los usuarios en tales circunstancias.

Todos estos factores, valorados conjuntamente, permiten considerar que MÉMORA ostenta una posición de dominio en el mercado de servicios de tanatorio de la localidad de Coslada.

Así pues, acreditada la posición dominante en el mercado relevante considerado, la siguiente cuestión a dilucidar en esta Resolución es si

MÉMORA ha transgredido el citado artículo 2 de la LDC abusando de su posición. Es sabido, en este sentido, que los operadores que ostentan dicha situación preeminente en los mercados tienen que esmerarse en el cumplimiento cabal de las normas que garantizan una competencia efectiva y suficiente sin poner trabas artificiales a los competidores. En el caso que aquí concurre, MÉMORA no solo opera en el mercado de tanatorios, donde tiene posición de dominio en este mercado de Coslada, sino que también está presente en el de otros servicios funerarios, donde compite con otros operadores. Por tanto, su conducta en el mercado de servicios de tanatorios en Coslada puede afectar a las condiciones de competencia en el mercado de los servicios funerarios, como así se desprende de los hechos acreditados en este expediente.

Según ella misma reconoce, MÉMORA deniega el alquiler de salas del tanatorio de Coslada a aquellas compañías de servicios funerarios competidoras que pretenden prestar el servicio de tanatorio en el municipio de Coslada, basándose en que carecen de autorización municipal para ello en dicho municipio o en aquel en el que contratasen el servicio. En este expediente han quedado acreditadas y recogidas estas negativas, admitidas además por la propia MÉMORA, que, por otro lado, forman parte de la política general de la empresa, por lo que no es discutible que MÉMORA ha denegado injustificadamente el acceso al tanatorio, no solo a la empresa denunciante, sino a otras empresas dedicadas a la prestación de servicios funerarios, en un sector que se encuentra liberalizado y en el que no existe alternativa de tanatorio en el municipio de Coslada.

Conforme a la doctrina y jurisprudencia comunitarias, las negativas de suministro pueden generar problemas de competencia cuando la empresa dominante que deniega el acceso a su instalación compite con el operador solicitante en el mercado para el cual el insumo denegado es necesario para prestar el servicio por el operador al que se le deniega, como sucede en el caso presente. Y es que debe notarse que los tanatorios son instalaciones esenciales⁷ por lo que la denegación del servicio de tanatorio puede eliminar la competencia en este mercado, sin que exista justificación objetiva para ello.

En este sentido, no son pocas las resoluciones sancionadoras que se han sucedido en los últimos años en nuestro país en relación con este tipo de conductas por parte de las empresas concesionarias de tanatorios, que han declarado que la denegación de acceso a estas instalaciones constituye un abuso de posición de dominio⁸.

⁷ Esta consideración de los tanatorios como instalación esencial ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de diciembre de 2016 ya citada en la presente resolución.

⁸ Véanse, por ejemplo, el Expediente de l'Autoritat Catalana de Competència número 41/2012 Funerària Fontal (Grupo Mémora), Expediente del Consello Galego da Competencia R1/2012 Tanatorio de Valga y Expediente del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía S12/2012 Tanatorios de Huelva.

Así las cosas, cabe concluir que MÉMORA ha abusado de su posición dominante en el término municipal de Coslada. Con ello, atendiendo a la liberalización del sector operada por las distintas normas estatales que se han ido aprobando a partir del Real Decreto Ley 7/1996, tanto las empresas competidoras como los familiares demandantes de los servicios funerarios se han visto privados de los beneficios producidos por la dinámica competitiva pretendida por el legislador.

En este sentido, además de los efectos de exclusión para las empresas competidoras que se derivan de la negativa de suministro por parte de MÉMORA, también cabe apuntar el perjuicio que la negativa de acceso puede comportar para los usuarios finales de este tipo de servicios. En primer lugar, porque se ven impedidos de poder velar el cuerpo del familiar fallecido en el lugar escogido, que en la mayoría de los casos coincide con el de la localidad en que el fallecido ha tenido su residencia. En segundo lugar, porque la necesidad de desplazarse a otro municipio distinto del escogido puede suponer una mayor carga para los familiares en términos económicos y de tiempo. Y por último, porque la falta de presión competitiva y limitación de capacidad de elección puede redundar negativamente en el precio y calidad de los servicios que les son prestados, y que podrían ser más beneficiosos para los consumidores en caso de una efectiva, plena y libre competencia en el mercado.

Por todo ello, este Consejo comparte con la propuesta de la DG que MÉMORA ha vulnerado el artículo 2.2 c) de la LDC al no facilitar, tal y como ella misma reconoce, la salas del tanatorio del que es concesionaria a empresas de servicios funerarios que habían captado el servicio en Coslada sin disponer de licencia para la prestación del servicio de tanatorio en ese municipio o que habían captado el servicio en municipios distintos de aquel en el que tuvieran licencia, y ello sin que exista justificación objetiva.

4.2. Duración de la conducta

Respecto de la duración de la infracción, a efectos de determinar una fecha para fijar el comienzo de la misma, la Sala toma en consideración aquella en la que se produce la primera denegación acreditada, abril de 2009. Luego constan en el expediente varias denuncias en el año 2010 (5 de julio, 9 de julio y 21 de septiembre).

Sobre la finalización de la conducta, la Sala considera que debe ser la fecha de la Resolución por la que se adoptaban medidas cautelares⁹, 26 junio de 2012, ya que éstas fueron necesarias precisamente porque la infractora persistía en sus criterios para denegar el alquiler de las salas velatorias.

En este sentido, y a diferencia de lo que MÉMORA manifiesta en su escrito de alegaciones en el que considera que la conducta finalizó en 2010 toda vez que no hay más denuncias posteriores a esa fecha, tal como consta en la propuesta

⁹ Resolución de 26 de junio de 2012 (MC/0006712)

y resolución posterior de medidas cautelares, MÉMORA en fecha 7 de junio de 2012 continuaba haciendo explícita su decisión de denegar el acceso a aquellas empresas que no dispusieran de autorización en el municipio de Coslada, motivo por el cual se acordó adoptar las medidas cautelares citadas, precisamente para evitar que MÉMORA siguiera llevando a cabo la conducta finalmente sancionada.

Con esas manifestaciones MÉMORA expresaba su clara predisposición a persistir en la conducta infractora. Con ello enviaba una clara señal al resto de empresas competidoras susceptible de causar un claro desincentivo a la hora plantearse el acceso al servicio de tanatorio en el término de Coslada. Las empresas sabían de antemano que MÉMORA, como ya había hecho otras veces, les denegaría el acceso o, al menos, ello les creaba una incertidumbre impropia en un servicio de tan corta duración, en el que las decisiones deben tomarse con gran celeridad y en el que el respeto y las garantías del servicio a las personas a las que se presta, dada las circunstancias del mismo, deben ser máximos. En definitiva, las denegaciones sistemáticas de MEMORA y la intencionalidad manifestada de seguir denegando los accesos a las salas del tanatorio han supuesto un claro efecto de exclusión y un desincentivo para los competidores. Además, la denegación de acceso supone un claro perjuicio para los usuarios finales contratantes de las salas, toda vez que se ven impedidos de poder velar a sus familiares en el tanatorio escogido con las consecuencias que de ello se derivan.

En consecuencia, esta Sala considera que el periodo infractor se inició en abril de 2009 y finalizó en junio de 2012.

4.3. Responsable de la infracción

MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L. absorbió, mediante fusión, a FUNERMADRID, S.L. quedando esta última extinguida con fecha 11 de febrero de 2010¹⁰.

Reiterada jurisprudencia de la Unión Europea admite que se pueda exceptuar el principio de la responsabilidad personal en aplicación del criterio de la continuidad económica, en virtud del cual una infracción de las normas sobre la competencia puede ser imputada al sucesor económico de la persona jurídica que la haya cometido, con el fin de que el efecto útil de dichas normas no se vea comprometido a causa de los cambios efectuados¹¹. En el mismo sentido, la Audiencia Nacional ha declarado que cuando no exista persona jurídica a la

¹⁰ Tal como consta publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de fecha 26 de enero de 2010 (página 4277), FUNERMADRID fue absorbida por MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L., quedando extinguida la primera con fecha 11 de febrero de 2010 según consta publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de 24 de febrero de 2010 (página 10262).

¹¹ Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69; de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P; de 20 de marzo de 2002, HFB y otros/Comisión, T-9/99, apartados 105 y 106 y de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06 y conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto ETI y otros, puntos 71 y siguientes.

que se pueda atribuir la responsabilidad por la infracción en la que han estado involucrados los activos transferidos porque la antigua propietaria haya dejado de existir legalmente, los principios de efectividad y eficacia de los artículos 101 y 102 del TFUE conllevan la aplicación del principio de continuidad económica y se traslada la responsabilidad por la infracción a la empresa sucesora¹².

Por tanto, en aplicación del principio de continuidad económica cabe atribuir la responsabilidad de las conductas aquí analizadas a MÉMORA.

4.4. Sobre el elemento subjetivo del tipo: carácter doloso de la conducta

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC, y determinado el responsable de las mismas, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la autoridad de competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

Este principio de culpabilidad es, en efecto uno de los principios que, inspiradores del orden penal, es aplicable –con ciertos matices- al derecho administrativo sancionador, en cuanto ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. Ello supone la exclusión de la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción¹³.

Así se reconoció con carácter general en el derogado artículo 130.1 de la LRJPAC, al establecer que “sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia”.

La vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, recoge el mismo principio, aunque con diferente redacción, al disponer en su artículo 28.1:

“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”.

La generalidad de la doctrina considera que el elemento de la culpabilidad, como elemento esencial de la infracción implica la posibilidad de reprochar la conducta antijurídica a un sujeto responsable. Ello, *a sensu contrario*, determina la ausencia de culpabilidad cuando la conducta no es reprochable a su autor y no lo es, entre otros motivos, cuando se produce un error de prohibición, ya derive de la ignorancia de la norma o de una interpretación razonable pero discrepante de la realizada por la Administración, siempre que

¹² Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2013 en el ámbito del Expte. S/0251/10 Envases Hortofrutícolas.

¹³ STS de 8 abril de 1981 y STC 76/1990, de 26 de abril.

concurran determinados requisitos como que el error sea invencible (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006) y relevante, y la interpretación discrepante se fundamente en la buena fe del intérprete (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2000).

En este expediente el análisis de culpabilidad del sujeto infractor exige, además, tener en cuenta la posición de MÉMORA en el mercado, toda vez que una jurisprudencia ya plenamente asentada considera la necesidad de exigir una responsabilidad especial a aquellas empresas que ostentan una posición dominante en los mercados. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 9 de noviembre de 1983 (asunto C-322/81), en la que indica que *“la acreditación de la existencia de una posición de dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan sólo que incumbe a ésta, 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”*. En España, el Tribunal Supremo¹⁴ también se ha pronunciado a favor de este mayor grado de responsabilidad exigible a las empresas en posición de dominio, al señalar que *“sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores, en particular”*.

La DG, en su propuesta de resolución concluye que *“en el comportamiento de MÉMORA no concurre el elemento subjetivo intencional suficiente de culpabilidad, y no se darían así indicios suficientes que desvirtúen, con prueba acabada de culpabilidad más allá de una duda razonable, el principio de presunción de inocencia”*.

Para el órgano instructor la expresión “autorización municipal correspondiente” que se contiene en la Ordenanza, al ser una expresión susceptible de varias interpretaciones posibles, evitaría la sanción de la conducta seguida por el infractor al tratarse de la norma municipal reguladora del servicio y de aplicación directa al operador.

Por su parte, en su escrito de alegaciones al Acuerdo de Recalificación, MÉMORA ha indicado que *“interpretó la Ordenanza Municipal de Coslada en el sentido de entender que la expresión “autorización municipal correspondiente” se refería a la autorización del municipio de Coslada o, al menos, a la autorización del municipio donde se produce la captación del servicio, y no a la autorización de cualquier municipio con independencia de si coincide o no esa localidad con el lugar donde se ha realizado la captación del servicio”*.

Indica que esta norma municipal que data del año 2004, y que no ha sido modificada, es anterior a las normas de liberalización de los servicios

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de noviembre de 2009 (recurso 1246/2006).

funerarios, por lo que no podía obviar el texto municipal sin incurrir en las sanciones allí previstas por el incumplimiento de la misma.

Así, para MÉMORA la norma municipal de Coslada sí exige autorización por parte del municipio de Coslada para poder prestar el servicio en ese municipio con independencia de que la empresa ya hubiese obtenido licencia en otro municipio, dando prevalencia, por tanto, a la interpretación que realiza de la norma municipal, que como hemos dicho es de redacción anterior al 2005. Indica, además, que tanto el Ayuntamiento de Coslada como el SDC autonómico instructor del expediente admiten que la Ordenanza permite “*varias lecturas igualmente posibles dentro de una interpretación gramatical*”, por lo que cabría considerar su interpretación como razonable.

Por ello, la entidad solicita que se excluya el elemento subjetivo del ilícito al haber actuado conforme a una razonable interpretación del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, en contra de las consideraciones anteriores esta Sala considera que sí concurre el elemento volitivo de la conducta por parte de MEMORA.

En primer lugar, como ya señaló en su día el Consejo de la CNC, esta Sala entiende que la Ordenanza reguladora de los requisitos para la prestación de los Servicios Públicos funerarios en el municipio de Coslada, a la que ya hemos hecho referencia, no subordina necesariamente la prestación de servicios funerarios en dicho municipio a la obtención de la autorización municipal que dicho Ayuntamiento expide. De hecho, de su articulado se deduce que es posible el desempeño de dicha actividad estando en posesión de la autorización expedida por otros municipios.

No obstante, MÉMORA hizo una interpretación conscientemente interesada de la norma para excluir a aquellos competidores que a su parecer no estaban habilitados para prestar el servicio de tanatorio en Coslada.

Que la citada entidad era concedora de la normativa que regula los servicios funerarios en España y de su correcta aplicación no ofrece dudas. Nos encontramos ante una empresa que, como indica su página web, es la empresa de servicios funerarios líder en España, cuya entrada a los mercados se remonta al año 1996 y además presta servicios en varias Comunidades Autónomas. Cuenta con un total de 1.200 profesionales y gestiona 125 tanatorios distribuidos por toda la geografía española. Por su parte, en lo que se refiere al término municipal de Coslada, como ya se ha señalado, ostenta una clara posición de dominio en el mercado de servicios de tanatorio en la citada localidad.

Esta posición de MÉMORA en el mercado de servicios funerarios en España y en particular en Coslada, permite considerar que la citada entidad debía ser plenamente concedora de la normativa aplicable al sector, y del proceso de liberación que las diferentes normas han ido introduciendo desde el año 1996 para tal objetivo.

En relación a ello, cabe señalar que consta en los archivos de la CNC manifestaciones realizadas por MÉMORA, en un escrito de 25 de octubre de 2011, en el expediente IR MAD 21/10 resuelto por la CNC, en el que ella era denunciante precisamente por denegación de acceso a un tanatorio de un municipio de la Comunidad de Madrid, en las que defiende el sistema de autorización única a partir del año 2005 cuando señala que en aplicación de la Ley 24/2005 *“una empresa que disponga de licencia para la prestación de servicios funerarios en cualquier municipio del territorio nacional, queda automáticamente habilitada para su prestación en cualquier punto del territorio nacional, sin más límites que los condicionantes que establezcan las Ordenanzas municipales”*¹⁵.

Como vemos, la propia empresa aquí sancionada, en el citado expediente, que resuelve una negativa de acceso al tanatorio por parte de FUNESPAÑA a MÉMORA en el año 2010, entendía que a partir de la entrada en vigor de la Ley 24/2005 debía regir el sistema de autorización única para todo el ámbito nacional. De estas manifestaciones, además, dejó constancia la resolución del citado expediente al señalar que:

“En la citada Reclamación ante la Oficina Municipal, se señala por Mémora que es titular de la Licencia para la prestación de servicios funerarios en el municipio de Majadahonda, licencia que, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, le faculta para la prestación de los servicios funerarios en Galapagar y en Pozuelo de Alarcón...”

Pero es que, además, en relación con este expediente, consta acreditado cómo el Ayuntamiento de Coslada, concedor de que la empresa estaba incumpliendo las normas estatales reguladores de los servicios funerarios, instó a la empresa en septiembre de 2010 para que cumpliera con la citada normativa en los siguientes términos: *“se requiere a la empresa para que adopte las medidas necesarias para garantizar la prestación de los servicios del tanatorio de Coslada, a todas las personas en igualdad de condiciones, dentro del marco establecido por la normativa de aplicación, en especial la normativa estatal referida a la Liberación de los Servicios Funerarios; teniendo en cuenta que el servicio de las tanatosalas podrá solicitarse por cualquier persona directamente o por cualquier persona que designe”*¹⁶. En respuesta a la carta del Ayuntamiento, MÉMORA en un escrito de 5 de octubre del mismo año, mantiene su interpretación de la Ordenanza contraria a la que realiza el Ayuntamiento y desestima la petición del consistorio¹⁷. Todo ello demuestra que MÉMORA ha obviado conscientemente la normativa estatal de liberación de los servicios funerarios en España a lo largo de todo el periodo infractor que, como se ha puesto de manifiesto, se inicia en 2009 y finaliza en el año 2012.

¹⁵ Contestación a requerimiento de información en el expediente IR MAD 21/10 (Folio 115)

¹⁶ Expediente MC/0006/16 (folio 31)

¹⁷ Expediente MC/0006/16 (folio 49)

Cabe señalar al respecto, que los propios pliegos de cláusulas administrativas que rigen el contrato de concesión del tanatorio de Coslada suscritos por MÉMORA inciden en la necesidad de cumplir con las normas que se vayan aprobando con posterioridad a la firma del pliego en relación con este tipo de servicios, señalándose, además, que constituye falta grave del concesionario *“la infracción de las condiciones establecidas por disposiciones legales o reglamentarias”*.

No es posible aceptar que MÉMORA desconociera las consecuencias de aplicar las normas reguladoras de los servicios funerarios en un sentido contrario a la liberación del sector, y tampoco que la citada entidad ignorase que con su actuación se estaba dañando la competencia en el mercado del servicio de tanatorio en Coslada al llevar a cabo una conducta de exclusión del resto de competidores de la prestación de servicios de tanatorio en la citada localidad.

Por todo ello, esta Sala considera que la conducta de MÉMORA debe ser considerada como dolosa, en la medida en que se ha realizado con pleno conocimiento y voluntad de obtener las consecuencias anticompetitivas que de ella se podían derivar y no concurrir causa que exima de la culpabilidad.

QUINTO. - DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

El artículo 63.1 de la LDC dispone que la autoridad de competencia puede sancionar con multa a las personas y entidades que, deliberadamente o por negligencia, realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la propia Ley.

De conformidad con lo establecido en el artículo 62.4 b) de la LDC, la conducta aquí analizada debe ser calificada como muy grave. Estamos ante la única empresa que gestiona el tanatorio municipal de Coslada y, por tanto, la entidad que da acceso a la prestación de servicios de salas de velatorio a las empresas legalmente provistas de autorización para ejercer la actividad, y que opera en un sector liberalizado.

Conforme a lo estipulado en el artículo 64 de la LDC, el importe de la sanción se fijará atendiendo, entre otros, a criterios como la dimensión y características del mercado afectado y la cuota de mercado de la entidad responsable, la duración de la infracción, el alcance y los efectos de la infracción, y la existencia de circunstancias agravantes y atenuantes.

Respecto al mercado afectado por la conducta, se trata del mercado de prestación de servicios de tanatorio que tiene un ámbito geográfico municipal y en el que MÉMORA es la única empresa oferente en el municipio de Coslada.

En cuanto a la duración de la infracción, como se ha señalado anteriormente, para el inicio de la misma esta Sala toma en consideración la fecha en la que se produce la primera denegación acreditada, abril de 2009. Sobre la

finalización de la conducta, la Sala considera que debe ser la fecha de la Resolución por la que se adoptaron medidas cautelares¹⁸, 26 junio de 2012, ya que estas fueron necesarias precisamente porque la infractora persistía en sus criterios para denegar el alquiler de las salas velatorias.

Además de la duración y de los efectos exclusionarios que la conducta generó, cabe también tomar en consideración su alcance, concretado en este caso en el volumen de negocios correspondiente al tanatorio de Coslada durante el periodo que discurre de abril de 2009 a junio de 2012 (cerca de 3.000.000€¹⁹).

No obstante, esta Sala considera que la negativa a prestar los servicios de salas velatorias se circunscribía a los casos en que la empresa de servicios funerarios solicitante tenía autorización para ejercer su actividad en municipio distinto de aquel en el que contrataba el servicio. No se trata, por lo tanto, de una negativa a toda empresa de servicios funerarios y en todas las posibles situaciones de contratación del servicio. Por todo ello, la Sala valora que la conducta declarada infractora ha tenido un alcance reducido. Ello, sin embargo, no significa que deba considerarse la conducta como de menor importancia a los efectos de aplicar la regla de *minimis* prevista en el artículo 5 de la LDC, tal como pretende MÉMORA. Se trata de un mercado debilitado por la presencia de una empresa que ostenta una posición de dominio y que ha abusado de su posición excluyendo en determinadas circunstancias a sus competidores limitando así la competencia.

Finalmente, el artículo 63 de la LDC establece que las infracciones muy graves pueden ser sancionadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 29 de enero de 2015), la multa deberá fijarse, en atención a los criterios de graduación del artículo 64 de la LDC, en una escala entre el 0% y el 10% de ese volumen de negocios.

El volumen de negocios total de MÉMORA en el año 2016 fue de 66.528.000 euros (folio 1157), debiendo destacarse la significativa reducción de esta cifra en comparación con el volumen de negocios total de MÉMORA en 2012 (referencia al tiempo de dictar la resolución de 2013)

Sobre la base de las anteriores circunstancias, esta Sala considera que la multa debería determinarse en el 6% del volumen de negocio de MÉMORA correspondiente al ejercicio 2016. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad destacado por la doctrina del Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 29 de enero de 2015 y atendiendo a las circunstancias del caso, se estima que la multa no debería superar los 400.000 euros. Ahora bien, dado que en la Resolución de 4 de octubre de 2013 la sanción impuesta por el Consejo de la CNC fue de 141.884 euros,

¹⁸ Resolución de 26 de junio de 2012 (MC/0006712)

¹⁹ Respuesta a requerimiento de información de 27 de septiembre de 2013 (folios 1002 a 1004).

atendiendo al principio de la prohibición de la *reformatio in peius*, procede limitar la multa a dicha cuantía.

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que en este expediente ha resultado acreditada una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que es responsable la mercantil MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L.

SEGUNDO.- Imponer a MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L. una multa sancionadora por importe de 141.884 euros.

TERCERO.- Intimar a MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L. a que permita la utilización de las salas velatorio del tanatorio de Coslada a cualquier otra empresa de servicios funerarios que disponga de la autorización necesaria para el ejercicio de la actividad obtenida en cualquier municipio con independencia del lugar de captación del servicio, así como a abstenerse en el futuro a llevar a cabo conductas similares a la sancionada.

CUARTO.- Instar a la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Comunidad de Madrid para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.