

RESOLUCIÓN (Expte. 404/97. Servicios Funerarios De Madrid)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Fernández López, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 23 de diciembre de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal), con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Luis Berenguer Fuster, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el expediente 404/97 (1329/96 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado por denuncia de D. Miguel Palomo Ponce y siete personas físicas más contra, inicialmente, la Asociación de Marmolistas Nuevo Arte Funerario de Madrid, después contra la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol (AEPYM), así como contra la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. (en adelante, EMSFMSA), por el acuerdo a que habían llegado para excluir del mercado a los denunciantes.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha 10 de enero de 1996 ocho industriales marmolistas (D. Francisco Cerrada Cifuentes, D. Pedro Fernández Jareño, D. Francisco Marchamalo Sánchez, D. Juan Carlos Barrocal Martínez, D. Miguel Palomo Ponce, D. Carlos Ferrero Antón, D. Gonzalo Nazario Moratilla y D. José Manuel Álvarez Martínez) denunciaron a la EMSFMSA y a la Asociación de Marmolistas Nuevo Arte Funerario de Madrid ante el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, el Servicio).

Tras la práctica de la correspondiente investigación, el Servicio llega a la conclusión de que la Asociación de Marmolistas Nuevo Arte Funerario de Madrid es una entidad inexistente, por lo que las actuaciones han de entenderse con la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol, que ha firmado los contratos con la EMSFMSA.

- 2.- Los hechos denunciados consisten en unos acuerdos entre la EMSFMSA y la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol (en adelante, AEPYM) en virtud de los cuales la primera cobra a los marmolistas que desempeñan sus trabajos en los cementerios de Madrid un canon y les arrienda un espacio en cada uno de los tanatorios, de los que la EMSFMSA es propietaria, en los que la Asociación instala unas mesas de contratación a las que se dirigen los particulares para encargar la realización de las lápidas. Desde la mesa se dirigen los encargos a las empresas que son miembros de la Asociación. Los denunciantes se han dirigido a la EMSFMSA en solicitud de que les fuera arrendado un espacio para instalar sus respectivas mesas de contratación y aquélla les ha respondido que solamente arrienda tales espacios a las Asociaciones de profesionales.

En la instrucción se ha detectado la coincidencia de precios de los trabajos de elaboración de lápidas que las distintas empresas que contratan a través de la mesa de contratación realizan para las Compañías de Seguros. Este hecho viene a suponer un acuerdo de precios que parece consustancial con el sistema de reparto de trabajos mediante la mesa de contratación.

- 3.- El Servicio formuló el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos y, tras recibir las alegaciones de los interesados, ha formulado el Informe-Propuesta en los siguientes términos:

"Primero.- Que declare prohibido por el artículo 1 de la LDC el acuerdo entre la EMSFMSA y la AEPYM, de 18 de Enero de 1994, entre la EMSFMSA y la AEPYM, sobre lápidas y cementerios de las unidades de enterramiento en cementerios. Se consideran responsables a AEPYM y EMSFMSA.

Segundo.- Que declare la existencia de una decisión de fijación de precios al homogeneizar los precios a cobrar por los marmolistas, prohibida por el artículo 1.1.a) de la LDC. Se considera responsable a la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid.

Tercero.- Que declare la existencia de un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6.2.a) de la LDC al imponer un canon por los trabajos de los marmolistas en los cementerios de Madrid. Se considera responsable a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A.

Cuarto.- Que declare la existencia de una infracción de los artículos 1.1.b) y 1.1.c) de la LDC, consistente en un reparto de mercado entre los miembros de AEPYM y el control de la producción de las

inscripciones de lápidas y nichos en las Mesas de Contratación con el conocimiento de la EMSFMSA. Se consideran responsables a la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol y a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A.

Quinto.- Que intime el cese de las prácticas prohibidas por AEPYM y EMSFMSA.

Sexto.- Que ordene a la AEPYM que divulgue el contenido de la resolución entre todos sus asociados.

Séptimo.- Que ordene a EMSFMSA y a AEPYM que publique, solidariamente a costa de ambas, el contenido de la resolución en el BOE y en dos periódicos de máxima difusión de Madrid.

Octavo.- Que imponga multas a la EMSFMSA, a AEPYM y a los representantes legales de esta Asociación, tal como establece el artículo 10.3 de la LDC."

- 4.- En fecha 9 de mayo de 1997 tuvo entrada el expediente en el Tribunal y el día 21 del mismo mes se dictó la Providencia de admisión a trámite, nombramiento de Ponente y puesta de manifiesto del expediente a los interesados por plazo de quince días, dentro del cual podrían solicitar celebración de Vista y proponer las pruebas que estimaran necesarias.

Dentro del expresado plazo, diversos interesados presentaron escritos proponiendo pruebas, solicitando Vista exclusivamente la representación de EMSFMSA.

- 5.- Por Auto de fecha 1 de septiembre se aceptó la práctica de ciertas pruebas documentales y la confesión de los denunciados propuesta por EMSFMSA; la prueba de la confesión de los denunciados y la documental propuesta por los Sres. Martín Calleja, Ludeña y otros, en nombre propio y en representación de AEPYM y la prueba documental y de confesión propuesta por los denunciados. En cuanto a la prueba testifical propuesta por estos últimos se acordó requerir a los proponentes para que subsanaran las deficiencias. En el mismo Auto se decidió no dar lugar a la celebración de la Vista y se concedió un plazo de veinte días para la práctica de la prueba aceptada. Las restantes pruebas propuestas se declararon improcedentes.
- 6.- Subsana la deficiencia de la proposición de prueba testifical formulada por los denunciados se procedió a la práctica de la prueba con el resultado que obra en el expediente.

- 7.- Concluido el período de prueba, por Providencia de 13 de octubre de 1997 se puso su resultado de manifiesto a los interesados, para que la valoraran, por plazo de diez días, concediéndose un plazo posterior de 15 días a los interesados para que formularan las conclusiones, sin necesidad de nueva notificación.
- 8.- Durante los plazos concedidos formularon los correspondientes escritos los interesados, alegando cuanto consideraron oportuno en defensa de sus peticiones, argumentos que serán analizados en los apartados correspondientes a los Fundamentos Jurídicos.
- 9.- El Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y acordó esta Resolución en el Pleno de 11 de diciembre de 1997, encargando al Vocal-Ponente su redacción.
- 10.- Son interesados:
 - D. Francisco Cerrada Cifuentes
 - D. Pedro Fernández Jareño
 - D. Francisco Marchamalo Sánchez
 - D. Juan Carlos Barrocal Martínez
 - D. Miguel Palomo Ponce
 - D. Carlos Ferrero Antón
 - D. Gonzalo Nazario Moratilla
 - D. José Manuel Álvarez Martínez
 - Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. (EMSFMSA)
 - Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid (AEPYM)
 - D. Pablo Martín Calleja
 - D. Francisco Maqueda Mallebrera
 - D. Santiago Ludeña Téllez
 - D. Tomás Pajares Carro
 - D. Rafael Gabriel Ramalleira.

HECHOS PROBADOS

- 1.- La Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid (AEPYM) agrupa en su seno, entre otros, a los industriales de este sector dedicados al denominado "arte funerario", es decir, a la ornamentación en piedra o mármol de unidades de enterramiento.

La Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. (EMSFMSA) era en los momentos en los que acaecieron los hechos denunciados la empresa que gestionaba en régimen de monopolio los servicios funerarios en el Municipio de Madrid.

- 2.- En fecha 1 de febrero de 1992, la EMSFMSA y AEPYM firman tres contratos en los que, tras declarar que AEPYM está interesada en ofertar y contratar inscripciones de lápidas de nichos en las dependencias de la EMSFMSA, ésta le arrienda tres espacios con el correspondiente mobiliario, situados respectivamente en el Tanatorio Sur, Cementerio Sur y Tanatorio M-30 (págs. 139-150 del expediente del Servicio). Según lo convenido en la cláusula sexta de los correspondientes contratos, las dependencias serían utilizadas únicamente por personas vinculadas a AEPYM. Con anterioridad a la firma de estos contratos, una serie de marmolistas constituidos en una asociación inicialmente denominada Marmolistas de Arte Funerario y posteriormente Ornamentación de Nichos de Madrid obtuvieron de la EMSFMSA un pequeño local en el Cementerio Sur "donde recogían los encargos de los clientes y se los distribuían por riguroso orden" (Sentencia de la Sala de lo Social de T.S.J. de Madrid de 15 de septiembre de 1994 obrante en la pág. 154 del expediente del Servicio). Esta Asociación nunca llegó a inscribirse en registro alguno y estaba formada por industriales que posteriormente aparecen afiliados a AEPYM.

El día 19 de octubre de 1993 se reúnen las representaciones de EMSFMSA y AEPYM y adoptan los siguientes acuerdos:

- 1º.- Que la colocación de lápidas y ornamentos en las sepulturas del Cementerio Sur, una vez finalizada la colocación de las mismas en el cuartel 8, podrán ser instaladas previa elección de la familia por los industriales marmolistas.
- 2º.- Que los precios en la ornamentación de las lápidas de los nichos y sepulturas de todos los cementerios Municipales serán fijados de común acuerdo por el solicitante y el instalador.
- 3º.- El canon que se establece para las distintas unidades de enterramiento a ornamentar en todos los cementerios Municipales es el siguiente:
 - A) Colocación de lápidas en sepulturas: 20.000 ptas. (incluida la tasa que se abona al Ayuntamiento por licencia de obras y construcciones).
 - B) Inscripción de lápida en nicho: 2.500 ptas.
 - C) Inscripción de lápida de columbario: 1.000 ptas.
 - D) Inscripción de lápida de sepultura u obra de reparación: 1.000 ptas.

NOTA: Estos acuerdos se elevarán a la consulta de los letrados correspondientes para redactarlos conforme a derecho con las correspondientes modificaciones (págs, 205-206 del expediente del Tribunal).

- 3.- En fecha 18 de enero de 1994 los Sres. Valdivia, Carranza, Abadanes y Torres Iribarne, actuando en representación de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. y los Sres. Martín Calleja, Ludeña, Grande, Pizarro, Martínez Valero y Carralón, actuando en nombre de sus respectivas empresas y como miembros de AEPYM (Arte Funerario) firman un convenio que tiene como objeto regular la actividad de los industriales del sector del Arte Funerario dentro de los cementerios de la EMSFMSA, fijando las condiciones en que AEPYM "prestará sus servicios de colocación de lápidas y ornamentos a los particulares que lo soliciten". En el convenio se especifica que éste se extendía a los industriales broncistas de Arte Funerario y a todos los industriales de la piedra y el mármol que pretendan ejercer su actividad dentro de los cementerios de la ciudad de Madrid, aunque no estén afiliados a AEPYM. Entre sus cláusulas se establecía que el personal de la Asociación de Arte Funerario (ASAF) y de las empresas que suscriban el presente convenio tendrá acceso a los cementerios previa acreditación de su condición de tal ante el organismo de control y vigilancia (cláusula 1ª). En la cláusula segunda se establecen los siguientes cánones:

- "A) Construcción, forrado, decoración y/u ornamentación de panteones y mausoleos (incluido el importe correspondiente a las tasas que por licencia de obras y construcciones percibe el Ayuntamiento de Madrid) 200.000 ptas.
- B) Colocación de lápidas en las sepulturas sin distinción de clase o tipo (incluido el importe correspondiente a las tasas que por licencia de Obras y Construcciones percibe el Ayuntamiento de Madrid) 20.000 ptas.
- C) Inscripción de lápida en nicho 2.000 ptas.
- D) Inscripción de Lápida en Columbario..... 1.000 ptas.
- E) Inscripción de Lápida en Sepultura y/u obra de reparación 1.000 ptas."

A continuación se establece que tales cantidades están encaminadas exclusivamente a satisfacer los mayores gastos en infraestructura, personal y técnica, que demanda la supervisión de las actividades de los industriales del sector de arte funerario y sus dependientes, sus relaciones con los particulares y la efectiva protección de sus derechos, "no teniendo las mencionadas cantidades carácter de tarifa o tasa de índole alguna".

En la cláusula tercera se especifica que AEPYM podrá pactar libremente con los solicitantes de sus servicios el precio y condiciones del mismo. Finalmente se adjunta al contrato un anexo en el que se consigna que, si algún industrial realizara sus trabajos con reiteración sin haber satisfecho el canon, el acuerdo quedará invalidado para los industriales que hayan suscrito el convenio, sin perjuicio del pago de la tasa municipal (págs. 63-72 del expediente del Servicio).

- 4.- En las mesas de contratación situadas en los espacios arrendados a tal fin se sitúa un trabajador autónomo que recibe instrucciones de AEPYM, pues así está establecido contractualmente y figura publicidad de una inexistente Asociación de Marmolistas Nuevo Arte Funerario de Madrid con la dirección de las tres mesas de contratación existentes, así como sus teléfonos (acta notarial, págs. 75-77).

Los familiares de los fallecidos que desean contratar los servicios de los industriales marmolistas son dirigidos por los empleados de la EMSFMSA a las correspondientes mesas de contratación. Aunque la incidencia de los seguros de decesos es considerable, en un buen número de compañías, la gestión de la contratación la realizan los familiares de los fallecidos, limitándose la entidad aseguradora a abonar el importe de la lápida y su grabación. En la mesa se ofrece un contrato impreso con el nombre de "Asociación de Marmolistas Nuevo Arte Funerario de Madrid", en el que constan el nombre del contratante, las características de la ornamentación y el texto de la inscripción. El nombre de la empresa que ha de realizar el trabajo queda en blanco en la copia que se le entrega al cliente (pág. 8 del expediente del Servicio). En otro modelo ni tan siquiera figura un espacio destinado a consignar el nombre del marmolista que realiza el trabajo (pág. 236 del expediente del Tribunal).

Recibido el encargo, los trabajos "se asignan directamente a los industriales basándose en un listado ordenado alfabéticamente por ese estricto orden" (respuesta de AEPYM, pág. 280 del expediente del Servicio).

Dada la forma de realizar la contratación, a los marmolistas que no forman parte de AEPYM les resulta dificultoso realizar la contratación por cuanto que no pueden disponer de un espacio en tanatorios y cementerios en los

que ofrecer sus servicios. Para paliar esta dificultad, en enero del presente año los denunciados se dirigen a la EMSFMSA en solicitud de que les sea arrendado un espacio en los tanatorios y cementerios para situar en ellos mesas de contratación, produciéndose la respuesta en fecha 30 de enero del mismo año en una carta en la que se manifiesta que se arrendaron los espacios a AEPYM por ser representativa de todos los profesionales marmolistas y que para arrendar otros espacios debería ser a otras asociaciones representativas del sector. Entre los marmolistas que no forman parte de AEPYM se encuentran los denunciados, que tienen unas características comunes, ya que carecen de instalaciones fijas en las que desarrollar su trabajo, pues lo llevan a cabo en los cementerios a los que se trasladan en una furgoneta en la que portan la maquinaria y herramientas necesarias para ello.

Los denunciados no han abonado el canon establecido y durante determinado tiempo sufrieron por ello determinados inconvenientes, pues incluso se les prohibía realizar su trabajo con intervención de la fuerza pública y miembros de una empresa de seguridad contratada por la EMSFMSA (prueba de confesión obrante a los folios 168, 169, 171 y 173 del expediente del Tribunal).

- 5.- El Servicio ha realizado una investigación entre diferentes empresas marmolistas pertenecientes a AEPYM sobre los precios cobrados a las compañías de seguros con pólizas de decesos, observándose una sustancial coincidencia entre los precios cobrados. Así, la mayor parte de las facturas emitidas por Mármoles Ludeña S.L. ascienden a 28.930 ptas.; las de Gabriel Mena tienen tres cifras: 27.669, 28.930 y 28.947 ptas.; las facturas de Mármoles y Granitos Inri S.L. ascienden a 28.947 ptas., y algunas a 29.041 ptas.; y los de Gumersindo López Agudo, Mármoles Pajares y Mármoles Angel Nieto S.L. coinciden en la mayor parte de los casos en la cifra de 28.947 ptas. (relaciones y copias de las facturas que obran en los folios 331 y siguientes del expediente del Servicio).
- 6.- La Junta Directiva de la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid está constituida por don Pablo Martín Calleja, como Presidente, Don Francisco Maqueda Mallebrera y Don Santiago Ludeña Téllez como Vicepresidentes y don Tomás Pajares Carro y don Rafael Gabriel Ramalleira como vocales. En el acta correspondiente a la reunión del día 25 de marzo de 1996 se consignó como vocal a don José Manuel Carralón, que fue considerado como interesado, pero el nombre era incorrecto. En el expediente ha comparecido el Sr. Maqueda Mallebrera para manifestar que, si bien es Vicepresidente de AEPYM, no pertenece al sector de arte funerario.

- 7.- En el Informe-Propuesta se especifican las cifras de negocios de EMSFMSA durante el año 1996 (9.180.682.000 ptas.) y las cifras recaudadas por el canon durante 1995 y 1996 (34.115.974 y 36.178.145 ptas., respectivamente). Finalmente, se considera que el volumen de negocios del sector de inscripciones de sepulturas y nichos en los cementerios de Madrid es de 250.200.000 ptas. Estas cifras no han sido rebatidas por ninguno de los interesados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.- El Servicio considera que en este expediente existen cuatro infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia: la primera de ellas consiste en el acuerdo entre EMSFMSA y AEPYM de 18 de enero de 1994; la segunda, la decisión de AEPYM de fijación de precios; la tercera, el abuso de posición dominante de EMSFMSA al imponer un canon a los marmolistas; y, finalmente, un reparto de mercado entre los miembros de AEPYM y el control de la producción de las inscripciones de lápidas y nichos en las mesas de contratación con el conocimiento de EMSFMSA. Las conductas reseñadas en segundo y tercer lugar no ofrecen duda en cuanto a su formulación, cosa que no ocurre en la primera y la cuarta, ya que en buena medida ofrecen ciertos elementos de confusión entre las mismas. Como consecuencia de esta confusión debe determinarse con carácter previo si ambas conductas constituyen dos infracciones diferentes o se pueden agrupar en una sola.
- 2.- La realidad de las relaciones existentes entre AEPYM y EMSFMSA permite asegurar que éstas se han desarrollado durante un período dilatado de tiempo y, en cuanto afecta a este expediente, consisten en varios acuerdos que han tenido como objeto una indebida regulación del mercado de ornamentación de lápidas y nichos en los cementerios del Municipio de Madrid, en interés de ambos participantes en los acuerdos.

A AEPYM le ha interesado desde el principio monopolizar para sus miembros el mercado consistente en la ornamentación e inscripciones de las distintas unidades de enterramiento impidiendo, o al menos dificultando, con esa conducta que miembros ajenos a la propia Asociación pudieran prestar sus servicios en los cementerios de Madrid. Por su parte, el interés de la EMSFMSA ha consistido en controlar la prestación de tales servicios que eran efectuados por un buen número de operadores y para ello ha buscado la interlocución exclusiva de AEPYM, obteniendo a cambio de ello la aceptación por el sector de la imposición de un canon para realizar tales trabajos de ornamentación.

En este orden de cosas las relaciones entre ambas se han plasmado en acuerdos tales como los de contratar espacios en los tanatorios y cementerios de Madrid para la colocación y funcionamiento de mesas de contratación (contratos de 1 de febrero de 1992), que eran continuación de otros anteriormente existentes; la negativa a arrendar otros espacios a marmolistas individuales o agrupados con el argumento de que solamente se arrendaban espacios a Asociaciones que sean representativas del sector; las dificultades que se ponen a los marmolistas ajenos a AEPYM para contratar, la admisión de un canon, el control y supervisión por parte de EMSFMSA de las actividades de los industriales del sector (contrato de 18 de enero de 1994), etc.

En este conjunto de actuaciones se puede observar una continuidad, tanto en cuanto a su contenido, como en cuanto a su objetivo y, por ello, deben ser consideradas unitariamente, es decir, como una sola conducta continuada, unificando a tales efectos las acusaciones que se contienen en los apartados primero y cuarto del Informe-Propuesta del Servicio. Esta postura es coherente con la adoptada por el Servicio en el Pliego de Concreción de Hechos, en el que estima los acuerdos entre AEPYM y EMSFMSA como constitutivos de una sola infracción.

El conjunto de conductas que ha sido analizado en el apartado anterior constituyen conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia por cuanto que suponen acuerdos que tanto tienen por objeto como producen el efecto de restringir la competencia en el mercado de los servicios de ornamentación de unidades de enterramiento del Municipio de Madrid.

La consecuencia de tales acuerdos se puede resumir de la siguiente forma: en dos tanatorios y en el cementerio sur de Madrid existen mesas de contratación dependientes de AEPYM a las que los empleados de la EMSFMSA dirigen a los familiares de los fallecidos que desean contratar los servicios de ornamentación de lápidas y sepulturas. En esas mesas se reciben los encargos y con unas hojas en las que consta el nombre de una Asociación inexistente, como es la de "Asociación de Marmolistas Nuevo Arte Funerario de Madrid", figuran los datos del encargo que luego se reparte entre los distintos miembros de AEPYM por orden alfabético. En estas circunstancias las contrataciones resultan sumamente dificultosas para quienes no pertenezcan a AEPYM, máxime cuando tienen ciertos inconvenientes tanto para poder ofrecer sus servicios a los familiares de los fallecidos como para realizar su trabajo en los cementerios si no abonan un canon que ha sido impuesto como consecuencia del acuerdo entre EMSFMSA y AEPYM. Por todo ello, cabe concluir que tales conductas suponen un control de la producción y un reparto del mercado, conductas

declaradas prohibidas por el artículo 1.1.b) y 1.1.c) de la Ley de Defensa de la Competencia, de cuyas conductas son autores la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid y la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid.

Por último, las alegaciones de la EMSFMSA acerca de que en el contrato de 18 de enero de 1994 consta la exigencia de que los servicios han de ser prestados en régimen de libre competencia carecen de virtualidad exculpatoria, y ello por cuanto que el entramado de acuerdos entre EMSFMSA y AEPYM conduce al resultado totalmente contrario a esta manifestación. Así es, en primer lugar, porque no se permite o al menos se dificulta la contratación de los marmolistas que no son miembros de AEPYM y, en segundo lugar, porque los miembros de esta Asociación se reparten los encargos por orden alfabético y no mediante el juego de ofertas diferentes.

- 3.- La segunda conducta que debe ser analizada es la relativa a la existencia o inexistencia de una decisión de fijación de precios homogéneos de los precios a cobrar por los marmolistas, conducta de la que, según el Servicio, es responsable AEPYM y supone la infracción del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia.

En este apartado es preciso tener en cuenta con carácter previo que el Servicio en la instrucción llevada a cabo solamente se ha centrado en analizar la coincidencia existente entre los precios cobrados por los marmolistas a las Compañías de Seguros que realizan pólizas en el ramo de decesos, olvidando la instrucción sobre la posible existencia de otros acuerdos de unificación de los precios cobrados a los particulares. Así se desprende no sólo del conjunto del expediente sino del contenido del segundo párrafo del apartado IX (CALIFICACIÓN) del Informe-Propuesta del Servicio cuando se considera que la postura de AEPYM de unificar los trabajos de los marmolistas a cobrar a las Compañías de Seguros constituye una recomendación de precios que infringe el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia.

Limitado de esta forma el ámbito del expediente cabe destacar que los precios cobrados por los distintos marmolistas a las Compañías de Seguros coinciden sustancialmente y, además, que según declaración de la representación de la propia AEPYM ésta "es una Asociación que tiene por fin reunir a los profesionales del sector con el fin de dar un mejor servicio y unificar criterios y precios de los productos" (pág. 281 del expediente del Servicio), y finalmente que la homogeneización de precios es consustancial con un sistema de reparto de mercado como el que se lleva a cabo a través de las mesas de contratación, pues no es concebible que existan precios

diferentes si el cliente no elige a la empresa que ha de realizar el trabajo, sino que éste le es indicado por la Asociación empresarial que actúa a través de la mesa de contratación.

Todo ello es cierto y son datos incontestados, pero no constituyen una prueba directa de la recomendación sino en todo caso una prueba indiciaria que puede ser admitida en derecho sancionador como prueba de presunciones en determinadas condiciones.

La doctrina del Tribunal Constitucional (establecida entre otras en las sentencias 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre, en la 169/1986, de 22 de diciembre y en la 150/1987, de 1 de octubre) acerca de la admisión de la prueba de presunciones en derecho penal (y en definitiva en derecho administrativo sancionador pues ambos constituyen manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y a ambos han de aplicársele los mismos principios, aún con ciertos matices) consiste en afirmar que esta prueba de presunciones puede ser admitida cuando los hechos base, o sea los indicios, están plenamente acreditados, la relación causal entre esos hechos y los constitutivos de infracción está razonada y finalmente, en el supuesto de que existan otras interpretaciones, éstas deberán ser analizadas. Aplicada esta doctrina al presente supuesto se puede afirmar que los indicios, o sea la coincidencia de precios, están demostrados, la relación causal entre la coincidencia de precios y la infracción también puede existir por cuanto que resulta sobradamente probable que la coincidencia de precios se haya efectuado por la existencia de una recomendación de la Asociación Empresarial.

Aclarados estos dos apartados, es preciso realizar el análisis de las otras posibles explicaciones que justifiquen la coincidencia de precios. La representación de AEPYM ha sostenido a lo largo del expediente que los precios venían determinados por las Compañías de Seguros, y esta justificación no carece de verosimilitud. Conforme ha señalado el Tribunal en su Informe *"Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios"* aproximadamente la mitad de la población española tiene un seguro de decesos que desplaza a la compañía aseguradora el pago de los servicios funerarios. Este hecho, unido a que no todas las Compañías de Seguros operan en el ramo de decesos, sino un número limitado de ellas, produce que se concentre en unas pocas manos un gran poder de mercado en el ramo de los servicios funerarios que se prestan en competencia. Por ello, es posible presumir que esas Compañías tienen poder para imponer colectivamente los precios de determinados servicios que se prestan en régimen de competencia tales como los de ornamentación de unidades de enterramiento, máxime cuando en la otra

parte se encuentran empresas atomizadas como son las de los marmolistas de arte funerario.

Otra circunstancia que podría ocurrir en este supuesto consistiría en la posible existencia de un acuerdo entre las Compañías de Seguros que operan en el ramo de decesos con AEPYM, en el que se habrían determinado los precios de los servicios de los marmolistas. En tal supuesto, aun cuando pudiera existir responsabilidad por parte de AEPYM, no es ese supuesto el que se ha investigado y, además, las Compañías de Seguros no han formado parte de este expediente.

En definitiva, cabe afirmar que, bien la posible imposición de los precios por parte de las Compañías Aseguradoras, bien la existencia de un acuerdo de fijación de precios entre éstas y AEPYM, constituyen posibilidades fácticas que resultan más creíbles que la recomendación de una homogeneización de precios por parte de AEPYM, y esta circunstancia produce como consecuencia que la prueba de presunciones no se pueda aplicar en este supuesto. Por ello, debe concluirse que no ha resultado acreditada la existencia de una recomendación de precios imputable a AEPYM que suponga la infracción del artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia.

De todo cuanto anteriormente ha quedado expuesto resulta que aparece clara una homogeneización de los precios entre los industriales marmolistas de Madrid, que posiblemente exista no sólo para los servicios que se realizan por cuenta de las Compañías de Seguros, sino también para los prestados a particulares. Ahora bien, esta posible práctica, que no tendría la justificación del poder de mercado de la otra parte, no puede ser objeto de sanción por cuanto que no ha sido objeto de instrucción. Habida cuenta que cualquier acuerdo horizontal de homogeneización de precios constituye una de las más graves infracciones del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, específicamente se encarga al Servicio que realice una investigación al respecto para averiguar si la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid ha efectuado alguna recomendación a sus asociados de unificación de precios para los servicios de ornamentación de unidades de enterramiento en los contratos con particulares, recomendación que resulta posible habida cuenta cómo la Asociación manifiesta que entre sus finalidades se encuentra la de unificar precios y, por otra parte, que la existencia de las mesas de contratación supone la previa existencia de un acuerdo de precios. Esas conductas no han sido objeto de análisis en este expediente, que se ha limitado a analizar la homogeneización de precios cuando los servicios son pagados por Compañías de Seguros. En dicho futuro expediente se podrán analizar igualmente las conductas de las Compañías de Seguros que operan en el

ramo de decesos a la hora bien de imponer unos precios determinados, habida cuenta la posición de dominio conjunta en la que pueden encontrarse, bien acordando con AEPYM unos precios determinados que, conforme se ha analizado en este expediente, coinciden sustancialmente.

- 4.- La tercera conducta que debe ser analizada, a tenor de la propuesta realizada por el Servicio, consiste en el posible abuso de posición de dominio cometido por la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid al imponer un canon por los trabajos de los marmolistas en los cementerios de Madrid.

Para determinar si ha existido una infracción del art. 6 LDC es preciso con carácter previo delimitar el mercado relevante, a continuación determinar si en dicho mercado existe una posición de dominio y finalmente analizar si las conductas del encausado merecen ser calificadas como abusivas.

La delimitación del mercado relevante debe realizarse desde la óptica del producto y de la geográfica. En algunos supuestos también será necesario realizar una delimitación temporal del mercado relevante, pero el presente supuesto no se encuentra entre aquéllos en los que se hace precisa esa delimitación. Por ello habrá que efectuar exclusivamente la delimitación del mercado de producto y del mercado geográfico.

El mercado de producto está constituido como el de los servicios mortuorios entendiendo como tales, en un sentido amplio, todas las actividades a que da lugar la muerte de una persona hasta que recibe sepultura o es incinerada, si bien cabe señalar que en el presente supuesto el mercado de producto puede ser delimitado como el de los servicios mortuorios que se prestan en el interior de los cementerios.

Por su parte, el ámbito geográfico de este mercado ha de quedar limitado al Municipio de Madrid, ya que la forma en que se prestan esos servicios -en monopolio o en régimen de concurrencia- corresponde a los Ayuntamientos, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Bases de Régimen Local y, por lo tanto, el ámbito en el que se prestan los servicios coincide con el municipal.

En el mercado de servicios mortuorios de Madrid, durante el período de tiempo a que se extiende el presente expediente, la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. se encontraba en situación de monopolio, primero legal y posteriormente de hecho. En efecto, el Ayuntamiento de Madrid, a tenor de lo que le permitía la legislación sobre régimen local entonces vigente, adoptó un acuerdo en fecha 29 de abril de 1966 por el que se concedía el monopolio legal de los servicios mortuorios

de Madrid a dicha empresa mixta. Es cierto que, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto-Ley de 7 de junio de 1996, quedaron excluidos los servicios mortuorios de aquéllos que los Ayuntamientos podían decidir que fueran prestados en régimen de monopolio, pero también es cierto que, aun en estos momentos, la situación existente en el Municipio de Madrid no ha variado sustancialmente, al menos en cuanto afecta al presente expediente, que está centrado en servicios mortuorios que son prestados en el interior de los cementerios los cuales son gestionados por la EMSFMSA, ya que no existen otros cementerios además de éstos.

- 5.- Delimitado el mercado relevante y determinada la posición de dominio que en el mismo ostenta la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A., corresponde a renglón seguido analizar si la conducta que le imputa el Servicio puede ser calificada como abusiva, conducta que consiste en la imposición de un canon a los marmolistas por realizar sus trabajos en los cementerios de Madrid.

Considera la EMSFMSA que estos cánones son precios públicos por cuanto que han sido aprobados por el Ayuntamiento de Madrid y la EMSFMSA tiene obligación de cobrarlos. Con independencia de que esta afirmación no responde a la realidad, por cuanto que está acreditado que en la actualidad algunos de los marmolistas -entre ellos los denunciantes- no abonan el canon, lo cual viene a constatar que, en caso de conflicto, el canon no es exigido y, por lo tanto, a poner en duda su obligatoriedad, hay que rechazar que nos encontremos en el campo de precios públicos cuya imposición constituiría un acto sometido al derecho administrativo al que no le sería de aplicación la Ley de Defensa de la Competencia.

El argumento que aduce la EMSFMSA no resulta nuevo por cuanto que ha sido realizado en otros varios expedientes tanto ante el Servicio como ante este Tribunal y ha sido rechazado por no responder a la realidad. El Tribunal en su Resolución de 31 de mayo de 1995 (Expte. R 112/95, Funerarias de Madrid 1) se señala (FJ 6) que la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. es una empresa pública de titularidad municipal que presta, en régimen de monopolio, los servicios funerarios en el término municipal de Madrid y cuyos órganos representativos han elaborado y aprobado unas tarifas de precios, de carácter privado. Por su parte en la Resolución de 6 de septiembre de 1996 (Expte. R 115/95, Funerarias de Madrid 3) se indica (FJ 4) que las tarifas a percibir por la prestación de los servicios en el municipio de Madrid se determinan libremente por el Consejo de Administración de la EMSFMSA y se reflejan en la previsión de ingresos y gastos de la Empresa que, posteriormente, se incorpora al Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid y se aprueba junto con éste, por lo que no cabe afirmar que nos encontremos ante unas tasas o precios públicos, sino ante precios privados.

En apoyo de estas consideraciones existen documentos en el expediente tales como el Informe de la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid sobre nuevas tarifas a implantar en los servicios funerarios y de cementerios por la EMSFMSA de 14 de diciembre de 1993, en el que se señala que las tarifas de los servicios funerarios pueden ser tratadas bien como precios públicos, bien como precios privados (pág. 275 del expediente del Tribunal); o bien los documentos de la Jefa del Departamento de Presupuestos o de la Directora del Servicio de Presupuestos (págs. 283 y 284 del expediente del Tribunal) en los que constan como anexos los programas actuales de actuación y la propuesta de tarifas de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid.

Este tipo de argumentos ha sido igualmente realizado en una serie de expedientes tramitados ante este Tribunal, que se ha pronunciado afirmando que existen dos modelos de aprobación de tarifas de los servicios funerarios. En el primero de estos modelos, las tarifas se aprueban por una ordenanza municipal y en tal supuesto tienen la consideración de precios públicos. Así ocurría en el supuesto del Ayuntamiento de Vigo (Resolución de 30 de octubre de 1993, Expte. 325/92, EMORVISA). El segundo de estos modelos es el correspondiente al Ayuntamiento de Madrid en el que, como se ha indicado en las Resoluciones anteriormente citadas, las tarifas son aprobadas por la Empresa Mixta y ratificadas por el Ayuntamiento.

Pero además, en este supuesto concurren circunstancias que ratifican sobradamente que el canon exigido a los marmolistas no es un precio público sometido al derecho administrativo, sino un precio privado. En primer lugar, se trata de un concepto que no tiene su origen en ningún reglamento ni ordenanza municipal, sino en los acuerdos que han suscrito la EMSFMSA y la AEPYM, acuerdo que se plasma, en primer lugar y de forma provisional, en el acta de la reunión celebrada el día 19 de octubre de 1993 y, posteriormente y de forma definitiva, en el contrato de 18 de enero de 1994 suscrito por los representantes de AEPYM y EMSFMSA. En segundo lugar, del texto de todos los documentos se desprende la voluntariedad del citado canon por cuanto que se especifica en un anexo que, si algún industrial realiza sus trabajos con reiteración sin haber satisfecho el canon, el acuerdo quedará invalidado sin perjuicio del pago de la tasa municipal. En tercer y último lugar, en el propio contrato se especifica (Cláusula segunda, pág. 66 del expediente del Servicio) que "Las cantidades que se refieren en el punto anterior....obedecen exclusivamente a satisfacer los mayores gastos en infraestructura, personal y técnica, que demanda la supervisión de las actividades de los industriales del sector de arte funerario y sus dependientes, sus relaciones con los particulares y la

efectiva protección de sus derechos, no teniendo las mencionadas cantidades carácter de tarifa o tasa de índole alguna".

Ante tales argumentos desaparecen las equívocas argumentaciones realizadas por la representación de la EMSFMSA acerca del carácter de precio público del canon de los marmolistas y de su aprobación por el Pleno del Ayuntamiento. No deja también de llamar la atención que los documentos que ha presentado la EMSFMSA se refieran a tarifas en general, pero sin que se haya dignado presentar ningún documento concreto referido a la aprobación del canon por el Ayuntamiento. Todo ello se debe a la simple y sencilla razón de que el Ayuntamiento no ha intervenido en la aprobación del canon más que prestando su mayoría de votos para la formación de la voluntad social de la EMSFMSA y que ni tan siquiera los argumentos referidos a la aprobación de las tarifas -por otra parte relativas- tienen ninguna virtualidad en este expediente.

Por todo lo anteriormente expuesto, cabe concluir que nos encontramos ante un precio privado, abusivamente impuesto a los marmolistas por la EMSFMSA a cambio de hacer algo tan escasamente aceptable como la supervisión de la actuación de los marmolistas y la defensa de sus derechos, actuaciones que asume la EMSFMSA. Es decir, y expuesto de otra forma, la EMSFMSA cobra un canon para dar cobertura a las actuaciones anticompetitivas de una Asociación que actúa como un cártel de reparto de mercado, cobertura que consiste en impedir que los operadores ajenos al cártel puedan desarrollar sus servicios en los cementerios gestionados por la EMSFMSA o bien puedan ofrecer sus servicios a los clientes en los tanatorios de ésta, porque ésa es la realidad aunque se quiera encubrir con términos más neutros tales como "supervisar los trabajos" o "defender los derechos".

Ni que decir tiene que, de la propia formulación de la conducta de imposición del canon por parte de EMSFMSA, se deduce que constituye una conducta abusiva a los efectos del artículo 6 LDC y, por ello, cabe concluir que está suficientemente demostrado que se ha abusado de una posición de monopolio, lo cual supone la infracción de dicho precepto.

- 6.- El Servicio propone en su Informe que se sancione a los directivos de AEPYM a tenor de lo previsto en el artículo 10.3 de la LDC, que dispone que podrá sancionarse a los representantes legales y componentes de los órganos directivos que hayan intervenido en un acuerdo o decisión. En esta Resolución se sanciona a AEPYM y la EMSFMSA por haber llegado a un acuerdo contrario a la competencia y, sin embargo, solamente se propone la sanción a tenor de lo previsto para los directivos de AEPYM, sin que se realice la misma propuesta para los directivos ni los miembros del

Consejo de Administración de la EMSFMSA. Resulta evidente que estos últimos no pueden ser sancionados por cuanto que no han sido parte en este expediente, y sancionar a los directivos de AEPYM sin sancionar a los de la EMSFMSA supondría una improcedente desigualdad en el trato, máxime cuando a la Empresa Mixta se le sanciona por dos conductas y a la Asociación solamente por una.

Aun cuando se considere que los componentes de los órganos directivos solamente pueden ser sancionados si han tomado parte en el acuerdo o decisión, es decir, cuando exista una infracción del artículo 1.1 LDC, no es menos cierto que los representantes legales pueden ser sancionados también en el supuesto de condena por los artículos 6 y 7 LDC. Por todo ello, no procede sancionar a los directivos de la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid, ya que supondría un tratamiento desigual respecto del dispensado a los directivos de la otra persona jurídica sancionada.

- 7.- Determinada la existencia de conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, corresponde determinar la cuantía de la multa. Para ello habrá que tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 10.2 LDC.

En lo que respecta a la infracción del artículo 1.1 LDC hay que considerar que se trata de un reparto de mercado, es decir, una de las conductas más graves que, además, no solamente consiste en sustituir el libre juego de la competencia por el acuerdo entre los operadores, sino que tiene como finalidad el expulsar del mercado a quienes no forman parte del cártel, que la dimensión del mercado alcanza a la totalidad del mercado de decoración de unidades de enterramiento del Municipio de Madrid, que los miembros de AEPYM tienen una importante cuota de mercado en el de ornamentación funeraria, pues sus integrantes constituyen casi la totalidad de los empresarios de tal ramo, dejando fuera exclusivamente a quienes, como los denunciantes, no aceptan las reglas del juego y fundamentalmente los pactos para establecer cánones, que los efectos han sido los de limitar la presencia en dicho mercado de determinados operadores económicos que pueden prestar a los clientes servicios más ágiles y más baratos por no disponer de grandes cargas de empresa y, finalmente, que la restricción de la competencia ha tenido lugar desde el año 1994 hasta la actualidad.

En cuanto a la EMSFMSA, tiene posición de dominio y ha sido objeto de varios expedientes ante los órganos de defensa de la competencia españoles, pero no cabe hablar de la existencia de reiteración por cuanto que se trata de conductas diferentes a las que en este expediente se consideran.

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones y que la dimensión del mercado del sector de nichos y sepulturas de Madrid alcanza la cifra de 250.2000.000 ptas. anuales, corresponde imponer a cada uno de los responsables de la infracción del artículo 1.1 LDC una multa que asciende a 2.500.000 ptas., es decir, aproximadamente el uno por ciento del importe total de la dimensión cuantificada del mercado.

En cuanto a la conducta consistente en la infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, de la que resulta autora la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A., hay que tener en cuenta, junto a los factores anteriormente consignados, que dicha Empresa se ha beneficiado por los ingresos obtenidos por el canon abusivo en la cifra de 34.115.974 ptas. durante 1995 y 36.178.145 ptas. durante 1996 -y puede presumirse que una cantidad similar durante el año 1997-, por lo que en conjunto ha ingresado por tal concepto una cantidad superior a los 105 millones de pesetas. A los criterios anteriores hay que añadir un principio que está presente en todo el derecho de defensa de la competencia, principio consistente en afirmar que nadie puede resultar beneficiado económicamente por realizar una conducta anticompetitiva. Este principio, que está presente también en el artículo 131.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuando establece que uno de los principios para la cuantificación de las sanciones consiste en que no resulte más beneficioso la comisión de conductas tipificadas que el cumplimiento de las normas infringidas, pocas veces puede tener una aplicación más directa que en el presente supuesto. Aclarado cómo la EMSFMSA ha ingresado como consecuencia de su conducta abusiva una cifra que supera los 105 millones de pesetas, la sanción impuesta deberá superar tal cantidad. En consecuencia, se cuantifica la multa a imponer a EMSFMSA por la infracción del artículo 6 LDC en ciento diez millones de pesetas, cifra que aún está considerablemente por debajo de la multa máxima que podría ser impuesta y que asciende al diez por cien de su cifra de negocios en el último ejercicio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.1 LDC, cifra de negocios que en el año 1996 ascendió a la suma de 9.180.682.000 pesetas.

VISTOS los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

HA RESUELTO

- Primero.-** Declarar la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1.b) y c) de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en una serie de acuerdos entre la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. y la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid (AEPYM) para el control de la actividad de ornamentación de unidades de enterramiento en los cementerios del Municipio de Madrid y el reparto del mercado entre los miembros de dicha Asociación, con expulsión de dicho mercado de quienes no fueran miembros de la misma y declarar prohibido el acuerdo de 18 de enero de 1994 entre ambas partes sobre lápidas y cementerios de Madrid y cualesquiera otros que permiten la instalación de mesas de contratación en los tanatorios y cementerios de Madrid a los miembros de AEPYM exclusivamente. Son autores de esta infracción la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid y la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. y se les impone a cada una de ellas una multa de dos millones quinientas mil pesetas.
- Segundo.-** Declarar que no ha resultado acreditada la existencia de una decisión unilateral de AEPYM consistente en la fijación de los precios a cobrar por los marmolistas a las Compañías de Seguros que operan en el ramo de decesos.
- Tercero.-** Declarar la existencia de un abuso de posición dominante del artículo 6.2.a) de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en la imposición de un canon a los marmolistas de Madrid por la realización de sus trabajos, de la que es responsable la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, a la que se le impone una multa de ciento diez millones de pesetas.
- Cuarto.-** Intimar a la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid y a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid a que cesen en las prácticas que se han declarado prohibidas.
- Quinto.-** Ordenar a la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid a divulgar el contenido de la parte dispositiva de esta Resolución entre todos sus asociados.
- Sexto.-** Ordenar a AEPYM y a la EMSFMSA la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de máxima difusión de Madrid.

Séptimo.- Declarar que no ha lugar a imponer multa a los representantes legales de AEPYM a tenor de lo previsto en el artículo 10.3 LDC.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la citada Resolución agota la vía administrativa y, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo el cual podrá interponerse, en su caso, ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar de la notificación de esta Resolución.