

**ACUERDO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN.
EXPEDIENTE 8/2013, ASUNTO “FUNERARIAS ZARAGOZA”.**

Pleno

Presidente
D. Javier Oroz Elfau

Vocales
D. Ignacio Moralejo Menéndez
D.^a Mercedes Zubiri de Salinas
D. Carlos Corral Martínez
D. Javier Nieto Avellanad

Zaragoza, a 21 de julio de 2016

EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN (en adelante TDCA), con la composición expresada al margen y actuando como ponente D. Carlos Corral Martínez, EXAMINADO EL EXPEDIENTE 8/2013, tramitado por el Servicio de la Competencia de Aragón (en adelante SDCA) en virtud de denuncia presentado por D.^a Rosana Abós Gracia en representación de la mercantil “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.” y D. Elías Sevillano Corral en representación de la Asociación Funeraria de España (AFUES) contra el Ayuntamiento de Zaragoza, la empresa concesionaria del tanatorio de Torrero “Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)” y contra la Asociación Regional de Funerarias Aragón (ARFA) en la que se ponen de manifiesto determinadas prácticas restrictivas de la competencia en la gestión del tanatorio municipal de Zaragoza consistentes en un abuso de la posición dominante en el ámbito de los servicios funerarios por parte de la empresa concesionaria del tanatorio municipal de Zaragoza por obstaculizar el acceso a las instalaciones (salas de velatorio y crematorio) a cualquier empresa del sector que esté establecida fuera de Zaragoza relativas a una posible vulneración de la libre competencia por comisión de una infracción tipificada en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), en relación con la propuesta de resolución realizada por el SDCA y elevada al Tribunal, DICTA ESTA RESOLUCIÓN con apoyo en los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos que a continuación se exponen:

ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha 19 diciembre de 2013 tuvo entrada en el Registro General de la Diputación General de Aragón un escrito de denuncia presentado por D.^a Rosana Abós Gracia en representación de la mercantil “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.” y D. Elías Sevillano Corral, en representación de la Asociación Funeraria de España (AFUES), contra el Ayuntamiento de Zaragoza, la empresa concesionaria del tanatorio de Torrero - “Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)” - y contra la Asociación Regional de Funerarias Aragón (ARFA), en el que se ponen de manifiesto determinadas prácticas restrictivas de la competencia en la gestión del tanatorio municipal de Zaragoza,

consistentes, según se indica, en un abuso de la posición dominante en el ámbito de los servicios funerarios por parte de la empresa concesionaria del tanatorio municipal de Zaragoza por obstaculizar el acceso a las instalaciones (salas de velatorio y crematorio) a cualquier empresa del sector que esté establecida fuera de Zaragoza.

En la denuncia se hace constar que la empresa concesionaria de las instalaciones del tanatorio municipal de Zaragoza SERFUTOSA ha denegado a la empresa denunciante el uso de las salas de velatorio del tanatorio de Torrero y resto de instalaciones y servicios por carecer de licencia de actividad en la ciudad de Zaragoza, obligándole a ella y otras empresas del sector a subcontratar todos los servicios del tanatorio, entre ellos los de alquiler de sala de velatorio, con una funeraria de Zaragoza, lo que conlleva un sobreprecio en el precio final del servicio o la pérdida de beneficio en la realización del mismo.

Asimismo, la denuncia pone de manifiesto que tanto la empresa concesionaria como la asociación aragonesa ARFA, de la que fue expulsada la empresa denunciante, según se indica, por exigir información sobre el estado actual de la legislación vigente en la materia, se amparan en la ordenanza municipal (1983) que exige a una empresa funeraria legalmente establecida en una localidad distinta de Zaragoza el cumplimiento de los mismos requisitos que una que quiera constituirse como de nueva creación para realizar su actividad.

El escrito de denuncia presentado se acompaña de diversa documentación que se incorpora al expediente.

Segundo.- Mediante escritos fechados el 8 de enero de 2014 se requiere a los denunciados (D.^a Rosana Abós Gracia en representación de la mercantil “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.” y D. Elías Sevillano Corral, en representación de la Asociación Funeraria de España (AFUES)) para que procedan a la subsanación del escrito de denuncia presentado mediante la acreditación de la representación con la que actúan y la indicación de un domicilio para notificaciones, solicitándose asimismo la ratificación de la denuncia, en el caso de la Asociación AFUES.

Tercero.- Con fecha 21 de enero de 2014 tiene entrada en el Registro General de la Diputación General de Aragón la escritura de poder presentada por la mercantil “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.” en la que se acredita la representación otorgada a D.^a Rosana Abós Gracia.

Cuarto.- Con fecha 24 de enero de 2014 tiene entrada en el Registro General de la Diputación General de Aragón un escrito presentado por D. Elías Sevillano Corral, en representación de la Asociación Funeraria de España (AFUES) en el que acredita la condición de Presidente de dicha Asociación y se ratifica en el escrito de denuncia presentado y en el domicilio señalado.

Quinto.- Mediante escrito del Director General de Economía de 17 de febrero de 2014 y una vez realizado el trámite de asignación previsto en 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, por el que se determina que los órganos

aragoneses de defensa de la competencia son los competentes para conocer de dicha denuncia y en el que se solicita por la Dirección de Competencia de la CNMC la personación como interesado en el caso de iniciarse un procedimiento sancionador al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.TRES de la citada ley, se acordó el inicio de una fase de información reservada con el fin de determinar si en la gestión del tanatorio municipal de Zaragoza existen indicios de la comisión de una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia consistente en obstaculizar el acceso a las instalaciones a cualquier empresa del sector que esté establecida fuera de Zaragoza y carezca de licencia de actividad en esta ciudad.

Sexto.- Iniciada fase de información reservada, se requirió mediante escrito de fecha 17 de febrero de 2014 (notificado personalmente el 27 de febrero de 2014) a la mercantil denunciante “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L” para que aportase determinada documentación. Asimismo, con la misma fecha se realizan requerimientos de información y documentación a la Asociación Regional de Funerarias de Aragón (ARFA) y a SERFUTOSA, que fueron notificados personalmente el 27 de febrero de 2014, así como al Ayuntamiento de la ciudad de Zaragoza, al que se notificó el 28 de febrero.

Séptimo.- Con fecha 24 de febrero de 2014 tiene entrada en el Registro General de la Diputación General de Aragón un escrito presentado por la mercantil “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.” adjuntando documentación consistente en las declaraciones realizadas por el representante de SERFUTOSA ante la Administración de Justicia, así como un listado de precios cobrados por dicha empresa gestora del tanatorio.

Octavo.- Con fecha 10 de marzo de 2014 tiene entrada en el Registro General de la Diputación General de Aragón escrito presentado por D. Luis Manuel González Lacambra en calidad de Presidente de ARFA en cumplimiento al requerimiento realizado por el Servicio de Defensa de la Competencia, informando sobre las cuestiones planteadas y adjuntando la siguiente documentación: copia de los estatutos de la Asociación y del acta de designación de los cargos directivos actuales; lista de socios actual y de los años anteriores; acta de la Asamblea General de 4 de julio de 2013 y documentos conexos, y escrito del Justicia de Aragón de fecha 11 de febrero de 2014 admitiendo a trámite la queja presentada por la Asociación.

Noveno.- Mediante escrito fechado el 10 de marzo de 2014 se pone en conocimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón la denuncia recibida en el Servicio de Competencia de Aragón, así como una Nota Sucinta en la que se resume el contenido de dicha denuncia y las actuaciones practicadas.

Décimo.- Con fecha 12 de marzo de 2014 tiene entrada en el Registro General de la Diputación General de Aragón escrito presentado por la mercantil “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.” en cumplimiento del requerimiento de información realizado, aportando entre otra documentación, una relación de empresas funerarias no autorizadas en Zaragoza que podrían estar en la misma situación que la denunciante y un conjunto de facturas emitidas por los servicios subcontratados por la funeraria La Hispanidad.

Undécimo.- Con fecha 18 de marzo de 2014 tuvo entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón (sello de la Oficina de Correos de 13 de marzo de 2014) escrito

presentado por D. Pedro Sangro Gómez-Acebo, actuando en nombre y representación de “Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)” en el que se solicita, al amparo de lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo y del artículo 39 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la ampliación del plazo inicial de diez días concedido para presentar determinada documentación e información, en cinco días hábiles.

Decimosegundo.- Mediante Resolución del Director General de Economía de 18 de marzo de 2014 (notificado personalmente el 25 de marzo) se concedió a SERFUTOSA un nuevo plazo de diez días hábiles para informar sobre las cuestiones planteadas y aportar la documentación que fue solicitada en el requerimiento fechado el 17 de febrero de 2014.

Decimotercero.- Con fecha 25 de marzo de 2014 tiene entrada en el Registro General de la Diputación General de Aragón (sello de la Oficina de Correos de 21 de marzo de 2014) escrito presentado por el representante de la mercantil “Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)” para responder a las cuestiones planteadas y aportar determinada información y documentación en cumplimiento del requerimiento realizado por el Servicio de Defensa de la Competencia, que incluye un listado de los servicios prestados por las empresas funerarias en el tanatorio de Zaragoza durante los años 2010 a 2013 (Anexos 1 a 4).

Decimocuarto.- Mediante escrito del Director General de Economía de fecha 27 de marzo de 2014 (notificado el 8 de abril del mismo año) se requirió de nuevo al Ayuntamiento de Zaragoza para que aportase la información y documentación ya solicitada en fecha 17 de marzo.

Decimoquinto.- Con fecha 16 de abril de 2014 tiene entrada en el Registro General de la Diputación General de Aragón la información y documentación remitida por el Ayuntamiento de Zaragoza en respuesta al requerimiento realizado por el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón.

Decimosexto.- Con fechas 28 de julio y 30 de julio de 2014 tienen entrada en el Registro General de la Diputación General de Aragón sendos escritos presentados por la mercantil denunciante adjuntando nueva documentación al expediente de referencia, entre la que se incluye, una resolución judicial, una instancia dirigida al Ayuntamiento de Zaragoza, una queja ante el Justicia de Aragón y un informe de la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado.

Decimoséptimo.- El 2 de diciembre de 2014 tiene entrada en el Registro General de la Diputación General de Aragón un nuevo escrito presentado por la mercantil denunciante “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.”, en el que se informa, entre otras cosas, que desde el día 21 de noviembre de 2014 han usado las salas de velatorio del tanatorio de Zaragoza sin intermediarios y se reiteran las trabas de la Asociación Regional de Funerarias de Aragón para la liberalización de los servicios funerarios de Aragón. Acompañando al escrito se adjuntan los Estatutos de la Asociación denunciante AFUES, la nueva ordenanza reguladora de actividades y servicios funerarios de Zaragoza que se

halla en tramitación, algunos correos electrónicos y noticias de prensa, así como dos grabaciones contenidas en sendos CD y DVD en los que se registra (de forma parcial (DOC. 6.1) y de forma íntegra (DOC 6.2), respectivamente) la reunión celebrada el 4 de julio de 2013 por la asociación ARFA a la que asistieron representantes de la empresa funeraria “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.”, así como un documento con extractos de dichas grabaciones y una copia del acta de la sesión de 31 de julio de 2013. Dichos documentos conteniendo el DVD y CD se han incorporado al expediente numerados como folios 1299 y 1299 bis.

Decimoctavo.- Mediante Resolución del Director General de Economía de 5 de diciembre de 2014 se acordó lo siguiente en relación con la confidencialidad de determinados documentos obrantes en el expediente:

“PRIMERO.- Ordenar la creación de una pieza separada de confidencialidad con el fin de mantener en secreto los datos relativos a los números de cuentas bancarias que figuran en dos documentos presentados por las entidades denunciadas “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.” y Asociación Funeraria de España (AFUES). En dicha pieza separada se integrarán las páginas originales que han sido relacionadas en el fundamento jurídico primero de esta resolución.

SEGUNDO.- Incorporar al expediente la presente resolución junto con una versión censurada de los documentos declarados confidenciales consistente en una copia de los mismos en la que se han ocultado mediante un trazo negro los datos referidos a los números de cuenta bancaria que se han constatado en la documentación.

TERCERO.- Disponer que, además de los miembros del Tribunal y del Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón, únicamente tendrán acceso a dicha pieza separada las entidades denunciadas que los han aportado.

CUARTO.- Notificar esta resolución a las entidades denunciadas “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.” y Asociación Funeraria de España (AFUES), a las que se indica que contra la presente resolución podrán interponer recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, dentro de los diez días siguientes a su notificación, si consideran que este acto le produce indefensión o genera un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.”

Dicha Resolución fue notificada personalmente a las partes denunciadas el 17 de diciembre de 2014, tal como consta en los acuses de recibo de la Oficina de Correos obrantes en el expediente.

Decimonoveno.- Con fecha 11 de diciembre de 2014 tiene entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón un nuevo escrito presentado por la mercantil denunciante “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.”, en el que se indica que han detectado un error en el CD remitido en la documentación presentada el 2 de diciembre

de 2014 y adjuntan un nuevo CD (denominado DOC. 6.1) que se ha incorporado al expediente numerado como folio 1327.

Vigésimo.- Mediante Resolución de la Dirección General de Economía de 23 de marzo de 2015 se acordó incoar procedimiento sancionador contra la mercantil “Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)”, como presunta responsable de los hechos descritos en el apartado CUARTO de dicha resolución, en la medida en que pudieran ser constitutivos de una infracción tipificada en el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Dicha Resolución fue debidamente notificada a todos los interesados en fechas 31 de marzo (SERFUTOSA, AFUES, Servicios Funerarios La Hispanidad S.L. y Dirección de Competencia de CNMC) y 1 de abril de 2015 (Ayuntamiento de Zaragoza).

Vigésimo primero.- Con fecha 11 de mayo de 2015 se procedió a comunicar al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón la incoación del procedimiento sancionador, con indicación de los interesados en el expediente.

Vigésimo segundo.- Con fecha 20 de mayo de 2015 se requirió a la mercantil SERFUTOSA la aportación de determinada documentación e información en relación con el expediente, que incluye la relación de servicios funerarios prestados por la empresa desde el año 2014 hasta la actualidad, individualizados y desglosados por meses y tipo de servicio. Dicho requerimiento del instructor se notificó personalmente el 26 de mayo de 2015.

Vigésimo tercero,-Con la misma fecha se solicitó al Ayuntamiento de Zaragoza para que informase sobre determinadas cuestiones relacionadas con el expediente y aportase determinada documentación. Dicho requerimiento del instructor se notificó personalmente el 27 de mayo de 2015.

Vigésimo cuarto.- Mediante sendos escritos de 20 de mayo de 2015 se solicitó a las mercantiles “Servicios Funerarios de Zaragoza, S.L.” y Servicios Especiales S.A (SERVISA)”, ambas empresas no interesadas en el expediente, que aportasen determinada información y documentación considerada necesaria para el expediente. Los dos requerimientos fueron notificados personalmente el 27 de mayo de 2015.

Vigésimo quinto.- Con fecha 5 de junio de 2015 tuvo entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón la información facilitada por la mercantil “Servicios Funerarios de Zaragoza, S.L.” y el 9 de junio la aportada por el Ayuntamiento de Zaragoza.

Vigésimo sexto.- Con fecha 11 de junio de 2015 (sello de la Oficina de Correos de 8 de junio) tuvo entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón un escrito presentado por la mercantil SERFUTOSA solicitando una ampliación del plazo de diez días inicialmente concedido para presentar la documentación e información solicitada. Dicha solicitud fue denegada mediante acuerdo del instructor de 11 de junio de 2015 por extemporánea, si bien se le concedió a la mercantil un nuevo plazo de cinco días hábiles para dar contestación al requerimiento realizado.

Vigésimo séptimo.- Con fecha 12 de junio de 2015 (sello de la Oficina de Correos de 10 de junio) tuvo entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón la información y documentación facilitada por la mercantil SERVISA (con solicitud de confidencialidad de parte de los datos aportados). Examinada dicha documentación se requirió aclaración por el instructor mediante acuerdo de 17 de junio que fue notificado personalmente el día 26 del mismo mes.

Vigésimo octavo.- Con fecha 26 de junio de 2015 (sello de la Oficina de Correos de 23 de junio) tuvo entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón la documentación remitida por la mercantil SERFUTOSA a solicitud del órgano instructor (consta de cuatro Anexos).

Vigésimo noveno.- Con fecha 10 de julio de 2015 (sello de la Oficina de Correos de 8 de julio) tuvo entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón la contestación de la empresa SERVISA al requerimiento de aclaración realizado por el instructor, solicitando de nuevo la confidencialidad de parte de los datos aportados.

Trigésimo.- Con fecha 5 de agosto de 2015 el instructor adoptó un acuerdo sobre la confidencialidad de determinados documentos presentados durante la instrucción del expediente en los siguientes términos:

“Primero.- Declarar confidenciales, de oficio, los folios del expediente relacionados en el fundamento jurídico primero (folios 1566 y 1567, 1569 y 1570 del expediente) correspondientes a documentos presentados por la mercantil “Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)”, con excepción de los datos que se han incorporado a la versión no confidencial de los mismos que se contiene en los dos Documentos elaborados de oficio por el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón, en los términos expresados en el fundamento jurídico primero de este acuerdo.

Segundo.- Incorporar todos los documentos originales que han sido declarados confidenciales a la pieza separada de confidencialidad ya creada y su versión censurada al presente expediente, a la que pondrán acceder todos los interesados en el procedimiento.”

Dicho acuerdo fue notificado, con indicación de la posibilidad de interponer recurso ante el TDCA en el plazo de 10 días, a la mercantil “Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)” el 12 de agosto de 2015 y a todos los demás interesados en el expediente en fechas 11 de agosto (Dirección de Competencia de CNMC), 12 de agosto (AFUES y Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.) y 13 de agosto de 2015 (Ayuntamiento de Zaragoza).

Trigésimo primero.- Con fecha 7 de agosto de 2015 el instructor adoptó un nuevo acuerdo sobre la confidencialidad de determinados documentos presentados durante la instrucción del expediente atendiendo a la solicitud formulada por SERVISA, en los siguientes términos:

“Primero.- Estimar parcialmente la solicitud de confidencialidad formulada por la mercantil “Servicios Especiales S.A (SERVISA)” y declarar confidenciales los folios

1478 a 1551 y 1621 a 1775 del expediente, correspondientes a documentos presentados por dicha empresa, con excepción de los datos que incorporan en una versión censurada no confidencial de los mismos, en los términos expresados en el fundamento jurídico segundo de este acuerdo.

Segundo.- Denegar la confidencialidad solicitada por la empresa SERVISA respecto de la certificación de la empresa acreditativa de la relación de los servicios prestados (folio 1477), de conformidad con lo expresado en el fundamento jurídico segundo.

Tercero.- Declarar confidencial, de oficio, el folio 1442 del expediente correspondiente al documento presentado por la mercantil "Servicios Funerarios de Zaragoza S.L." (FUNESPAÑA), con excepción de los datos que incorporan en una versión no confidencial de los mismos, en los términos expresados en el fundamento jurídico segundo de este acuerdo, y de la información contenida en el mismo no referida al número total de servicios prestados por la empresa.

Cuarto.- Incorporar todos los documentos originales que han sido declarados confidenciales a una pieza separada de confidencialidad y su versión censurada no confidencial al presente expediente, a la que pondrán acceder todos los interesados en el procedimiento sancionador en los términos expresados en el fundamento jurídico cuarto de este acuerdo."

Dicho acuerdo fue notificado, con indicación de la posibilidad de interponer recurso ante el TDCA en el plazo de 10 días, a las mercantiles "Servicios Especiales S.A (SERVISA)" y "Servicios Funerarios de Zaragoza S.L. (FUNESPAÑA)" y a todos los interesados en el expediente en fecha 13 de agosto de 2015, con excepción del Ayuntamiento de Zaragoza, que recibió dicha notificación el 14 de agosto.

Trigésimo segundo.- Mediante diligencia del instructor de fecha 30 de septiembre de 2015 se procedió a incorporar al expediente principal, una vez transcurrido el plazo para la interposición del recurso previsto en el artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia, los documentos referidos en el acuerdo sobre confidencialidad de fecha 7 de agosto de 2015 (Certificación de SERVISA sobre la relación de los servicios prestados y Documento del SDCA de versión no confidencial de los datos presentados por las mercantiles "Servicios Especiales S.A (SERVISA)" y "Servicios Funerarios de Zaragoza S.L.(FUNESPAÑA)".

Trigésimo tercero.- Con fecha 20 de julio de 2015 se elaboró informe económico por el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón en el que se analizan las cuestiones planteadas en el presente procedimiento sancionador. Dicho informe fue incorporado al expediente.

Trigésimo cuarto.- Con fecha 3 de noviembre de 2015 se adoptó acuerdo por el Instructor en los siguientes términos:

"PRIMERO.- Se imputa a la sociedad mercantil "Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)" la comisión de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 2 de

la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en los términos descritos en el presente pliego.

SEGUNDO.- Se dispone la apertura de un plazo de quince días, a contar desde el siguiente a la recepción de este escrito, para que los interesados puedan realizar las alegaciones que consideren oportunas y en su caso, proponer la práctica de las pruebas que consideren pertinentes para la mejor defensa de sus derechos e intereses.“

Dicho acuerdo fue notificado a todos los interesados en fechas 6 de noviembre (Dirección de Competencia de CNMC), 9 de noviembre (SERFUTOSA y LA HISPANIDAD), 10 de noviembre (AFUES) y 12 de noviembre de 2015 (Ayuntamiento de Zaragoza).

Trigésimo quinto.- Con fecha 20 de noviembre de 2015 (sello de la Oficina de Correos de 17 de noviembre) tuvo entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón un escrito presentado por la mercantil SERFUTOSA solicitando una ampliación del plazo de quince días inicialmente concedido para contestar al Pliego de Concreción de Hechos, concediéndose por el instructor una ampliación de siete días mediante acuerdo fechado el 24 de noviembre de 2015, que fue notificado al interesado el día 27 del mismo mes.

Trigésimo sexto.- Asimismo la mercantil LA HISPANIDAD solicitó el 24 de noviembre de 2015 una ampliación del plazo de siete días para contestar al Pliego de Concreción de Hechos, solicitud que fue concedida mediante acuerdo del Instructor de 26 de noviembre, notificado el 1 de diciembre de 2015 al interesado.

Trigésimo séptimo.- Con fecha 26 de noviembre de 2015 tiene entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón la documentación presentada por la funeraria La Hispanidad adjuntando las alegaciones al pliego de concreción de hechos así como tres resoluciones judiciales.

Trigésimo octavo.- La mercantil SERFUTOSA contestó al pliego de concreción de hechos mediante escrito fechado el 4 de diciembre de 2015 en el que se formulan alegaciones y se solicita la practica de la prueba propuesta, que fue denegada por al instructor mediante acuerdo fechado el 16 de diciembre de 2015 y notificado al interesado el 21 del mismo mes. La solicitud de prueba versaba sobre el requerimiento de información a Ayuntamientos de la provincia de Zaragoza y otras Administraciones públicas acerca de la existencia de tanatorios o salas de velatorio en estos municipios, así como a los accionistas de SERFUTOSA sobre su presencia en el mercado de prestación de servicios funerarios en el municipio de Zaragoza.

Trigésimo noveno.- Mediante oficio del órgano instructor de fecha 16 de diciembre de 2015, y con objeto de esclarecer determinados datos del expediente, se requirió al Ayuntamiento de Zaragoza para que informase sobre la obtención de licencia o autorización para prestar servicios funerarios en Zaragoza por parte de determinadas las empresas funerarias y sobre el canon de la concesión administrativa otorgada a SERFUTOSA.

Cuadragésimo.- Con fecha 19 de enero de 2016 tiene entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón la documentación presentada por el Ayuntamiento de Zaragoza en contestación al segundo de los puntos del requerimiento de información realizado por el instructor, indicándose en su escrito que, en relación con el primero de los puntos formulados, se ha reiterado la solicitud de información a las dependencias correspondientes de dicho Ayuntamiento.

Cuadragésimo primero.- Posteriormente, con fecha 21 de enero de 2016 tiene entrada la documentación aportada por el Ayuntamiento de Zaragoza para dar respuesta al punto primero de la solicitud realizada por el instructor en relación con las empresas funerarias autorizadas en Zaragoza. En el informe emitido por el Servicio Administrativo de Servicios Públicos del Ayuntamiento de Zaragoza se indica que dicha información ya fue remitida con fecha 10 de abril de 2014.

Cuadragésimo segundo.- Con fecha 26 de enero de 2016 (entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón el 1 de febrero de 2016) se presentó por la mercantil Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA) un escrito de alegaciones oponiéndose a la denegación de la prueba acordada por el instructor y solicitando de nuevo la práctica de la prueba propuesta en el escrito de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos.

Cuadragésimo tercero.- Con fecha 26 de enero de 2016 se acordó por el cierre de la instrucción del expediente sancionador con el fin de redactar la Propuesta de Resolución. Dicho acuerdo fue notificado a todos los interesados en el procedimiento en fechas 27 de enero (Dirección de Competencia de CNMC), 29 de enero (AFUES), 1 de febrero (SERFUTOSA y LA HISPANIDAD) y 2 de febrero de 2016 (Ayuntamiento de Zaragoza).

Cuadragésimo cuarto.- La Dirección General de Economía con fecha 10 de febrero de 2016 dictó Propuesta de Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.4 de la LDC y en el artículo 34.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante RDC), teniendo en cuenta los antecedentes del expediente, los hechos acreditados y las valoraciones jurídicas expuestas en dicha resolución.

Dicha Propuesta fue notificada a todos los interesados en el expediente en fechas 15 de febrero (Dirección de Competencia de la CNMC), 16 de febrero (SERFUTOSA, LA HISPANIDAD y AFUES) y 17 de febrero de 2016 (Ayuntamiento de Zaragoza), indicándoles expresamente el derecho que les asiste a formular alegaciones en el plazo de 15 días hábiles a contar desde el siguiente a la recepción de la notificación, así como que dichas alegaciones deben contener, en su caso, las propuestas de las partes en relación con la práctica de pruebas y actuaciones complementarias ante el TDCA y la solicitud de celebración de vista, conforme a lo establecido en el artículo 34.1 del RDC.

Mediante resolución del Director General de Economía fechada el 26 de febrero de 2016 y a petición del representante de la mercantil SERFUTOSA formulada el 19 de febrero de 2016, se amplió dicho plazo de quince días concedido en la Propuesta de Resolución para formular alegaciones y aportar la documentación solicitada, por un

periodo de siete días hábiles. Dicha resolución de ampliación de plazo fue notificada personalmente a la mercantil imputada el 2 de marzo de 2016.

En la Propuesta de Resolución, cuyo contenido se da por reproducido en su integridad, se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO.- Elevar al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón la siguiente propuesta:

- 1. Que se declare acreditada la comisión de un conducta de abuso de posición de dominio constitutiva de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 2.2 c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por parte de la mercantil “Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)”, consistente en la denegación injustificada de acceso al Tanatorio municipal de Torrero de Zaragoza a empresas funerarias no autorizadas en dicho municipio.*
- 2. Que se intime a la sociedad mercantil mencionada para que se abstenga de realizar conductas semejantes en el futuro.*
- 3. Que se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el artículo 53 de la LDC.*

SEGUNDO.- Requerir a la mercantil “Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)” para que en el plazo de quince días presente ante el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón la documentación acreditativa del volumen de negocios total de la empresa correspondiente al ejercicio 2015.

TERCERO.- Notificar la presente Resolución a todos los interesados en el expediente, a los que se informa que tienen derecho a formular en el plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a la recepción de este escrito las alegaciones que tengan por convenientes. Dichas alegaciones deben contener, en su caso, las propuestas de las partes en relación con la práctica de pruebas y actuaciones complementarias ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, así como la solicitud de celebración de vista, de conformidad con lo establecido en el mencionado precepto del Reglamento de Defensa de la Competencia.”

Cuadragésimo quinto.- En cumplimiento de la facultad otorgada a los interesados se presentó en fecha 14 de marzo de 2016, escrito de alegaciones únicamente por parte de la mercantil “Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)”. El resto de los interesados en el expediente no ha presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución que les fue notificada.

El contenido del escrito de alegaciones a la propuesta de resolución presentado versa sobre las siguientes cuestiones que, de forma resumida, ahora se detallan:

- Incorrecta definición del mercado geográfico: debe realizarse de forma casuística analizando las condiciones de competencia existentes en un lugar determinado y ha de ser definido como comprensivo de Zaragoza y su área metropolitana.
- La posición de SERFUTOSA en el mercado de servicios de tanatorio es incorrectamente valorada.
- La conducta imputada carece de los elementos esenciales para ser considerada abusiva. Subsidiariamente, si se considerase abusiva, existiría una justificación objetiva de la conducta de SERFUTOSA (instrucciones del Ayuntamiento de Zaragoza).
- Ausencia de elementos subjetivos del tipo: SERFUTOSA carece de la facultad de determinar quién tiene acceso a las infraestructuras de tanatorio, correspondiendo el poder de dirección al Ayuntamiento de Zaragoza.
- El derecho de defensa exige que la Propuesta de Resolución contenga una propuesta de la sanción que se pretende imponer. Subsidiariamente, se considera que existen elementos a considerar a los efectos de determinar el importe de una eventual sanción: intervención determinante de la Administración, reducida dimensión y características del mercado afectado, alcance limitado de la infracción ausencia de beneficio ilícito como consecuencia de la infracción y concurrencia de circunstancias atenuantes

En el escrito de alegaciones presentado por la mercantil SERFUTOSA se solicita de este Tribunal:

- que se acuerde la práctica de las pruebas propuestas,
- que se acuerde la celebración de vista contradictoria,
- que se acuerde devolver al SDCA la Propuesta de Resolución para que determine el importe de la multa que se propone imponer a SERFUTOSA y en todo caso, que se conceda a la parte un trámite de alegaciones con anterioridad a la adopción de una resolución sancionadora,
- que se acuerde dar por cumplido el requerimiento de información y
- que se acuerde tramitar el escrito de alegaciones como confidencial e incorpore al expediente la versión no confidencial del mismo que se incorpora en el Anexo 4.

Cuadragésimo sexto .- Con fecha 23 de marzo de 2016 ha tenido entrada en el Registro del TDCA informe/propuesta junto con el escrito de alegaciones presentado por la mercantil SERFUTOSA y el expediente administrativo completo.

Cuadragésimo séptimo.- El TDCA en relación con el escrito de propuesta de prueba y alegaciones a la propuesta de resolución, teniendo en cuenta el informe propuesta del SDCA, dicto resolución el 25 de mayo de 2016 en el siguiente sentido:

PRIMERO.- Admitir a trámite el expediente 8/2013, ASUNTOS “Funeraria Zaragoza”

SEGUNDO.- Denegar la práctica de las pruebas propuestas por “Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)” en el escrito de alegaciones frente a la propuesta de resolución elaborada por el SDCA.

TERCERO.- Denegar la celebración de la vista propuesta toda vez que en el seno del expediente sancionador obran elementos documentales suficientes para la formación de la voluntad de este tribunal.

CUARTO.- Denegar la solicitud de devolución al SDCA de la Propuesta de Resolución para que determine el importe de la multa que se propone imponer a SERFUTOSA toda vez que la imposición de las multas corresponde al TDCA.

QUINTO.- Dar por cumplido el requerimiento de información efectuado por el SDCA relativo a la documentación acreditativa de la facturación de la empresa correspondiente al ejercicio 2015.

SEXTO.- Acceder a la tramitación del escrito como confidencial e incorporar al expediente la versión no confidencial del mismo que se incorpora en el Anexo 4.

SEPTIMO.- Ordenar al Secretario del TDCA que proceda a notificar el presente Acuerdo a todos los interesados en el expediente haciéndoles saber que contra los acuerdos que en él se incluyen no cabe recurso alguno

HECHOS PROBADOS

En el expediente se consideran Hechos Probados relevantes para la resolución de este expediente los siguientes:

- 1. La empresa “Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)” es la actual concesionaria del tanatorio municipal de Torrero (Complejo Funerario del Cementerio Municipal de Torrero) en virtud de concesión administrativa que fue adjudicada mediante acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Zaragoza de 24 de abril de 1991, tal como consta en la documentación obrante en el expediente que ha sido aportada tanto por la empresa denunciada como por el Ayuntamiento de la ciudad de Zaragoza.*
- 2. La mencionada mercantil SERFUTOSA presta el servicio de conformidad con las condiciones que figuran en el expediente de contratación y que son recogidas en el “Pliego de condiciones para la contratación mediante concurso de los servicios a prestar en el Complejo funerario del Cementerio Municipal de Torrero” y sus modificaciones aprobadas.*
- 3. El Ayuntamiento de Zaragoza aprobó la Ordenanza Municipal Reguladora de Empresas Funerarias con objeto de “regular las condiciones y requisitos necesarios para la instalación, apertura y ejercicio de la actividad de Empresas Funerarias en el término municipal de Zaragoza” (artículo 1). La ordenanza municipal fue aprobada el 15 de julio de 1982 y publicada en el BOPZ el 7 de abril de 1983 según consta en documento remitido por el Ayuntamiento y en la página web corporativa municipal.*
- 4. La citada Ordenanza municipal contiene, entre otros, los siguientes preceptos:*

Art. 2.- 1.- Con las excepciones que para casos especiales o por accidente, de inhumaciones en barrios rurales de residentes en el propio barrio, o sobre enterramiento de miembros humanos, tenga dictados o dicte la Autoridad Sanitaria competente, el traslado de cadáveres y restos por las vías públicas de la ciudad; solamente podrá realizarse por empresas funerarias radicadas en Zaragoza y con licencia de este municipio.

2.- No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior los traslados desde otras poblaciones a Zaragoza podrán realizarse por empresas debidamente autorizadas aunque no estén radicadas en Zaragoza. El traslado de cadáveres o restos desde Zaragoza a otras poblaciones solamente podrá realizarse por empresas autorizadas en esta Capital o en la población donde hayan de realizarse las inhumaciones.

Art. 4.- Cada Empresa deberá de tener en disposición de servicio, permanente, tanto para autorizar la instalación y apertura de la misma como para el ejercicio de la actividad, y como mínimo, los elementos siguientes:

(Se enumeran aquí detallados requisitos relativos a (i) vehículos, (ii) féretros, (iii) locales, (iv) personal y (v) otro material).

A la solicitud de licencia de apertura se acompañará un ejemplar del proyecto de instalación y dos de un ejemplar del proyecto de instalación y dos de una Memoria explicativa de los medios materiales -instalaciones, vehículos, féretros, prendas protectoras, etc. - y personales de la Empresa, así como de los servicios que haya de prestar. El proyecto de instalación y un ejemplar de la Memoria serán remitidos a la Autoridad sanitaria competente, al solicitar el preceptivo informe a que se refiere el Artículo 43 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria. La tramitación de estos expedientes, así como los que se refieran al funcionamiento de estas empresas, régimen de vehículos, tarifas, etc. serán competencias de la Comisión de Servicios Públicos.

Art. 10.- Toda Empresa funeraria que desee ejercer la actividad en el término municipal de Zaragoza deberá solicitar previamente licencia de instalación de los locales que hayan de destinar a guarda de vehículos a almacén y a oficina de servicios, conforme a lo establecido en las Ordenanzas Municipales y demás disposiciones aplicables. Corresponderá a la Sección de Urbanismo la tramitación de estos expedientes.

Art. 11.- Concedida la licencia de instalación, deberá de solicitarse licencia de apertura cuya concesión habilitará para el ejercicio de la actividad (...).

Art. 12.- La concesión de licencias de apertura para el ejercicio de la actividad, requerirá informe previo favorable de la Autoridad sanitaria competente.

Art. 13.- Las licencias para los vehículos fúnebres, tanto en su concesión como en su régimen, se regularán por lo dispuesto en el Reglamento de los Transportes urbanos e interurbanos en automóviles ligeros (...).

Art. 14.-*El ejercicio de la actividad de las Empresas funerarias exigirá la propia licencia para los diferentes elementos que la requieran sin que la concesión de unas condiciones la de las otras sino se cumplen los requisitos legalmente establecidos para cada una de ellas.”*

5. *Se ha aprobado inicialmente en fecha 28 de enero de 2015 la nueva Ordenanza municipal de actividades y servicios funerarios de Zaragoza (B.O.P.Z de 11 de febrero de 2015) que modifica el régimen jurídico existente.*
6. *El tanatorio de Torrero (Complejo Funerario del Cementerio Municipal de Torrero) es el único de carácter municipal y ha sido el único tanatorio existente en la ciudad de Zaragoza hasta el 17 de junio de 2013.*
7. *Con fechas 23 de mayo y 6 de junio de 2013 se concedieron sendas licencias de inicio de actividad para tanatorio a dos empresas, “Servicios Especiales S.A (SERVISA)” (Tanatorio sito en Camino de San Antonio 10, paraje Miraflores nº 149, parcelas 296 y 297, La Cartuja Baja) y “Servicios Funerarios de Zaragoza S.L. (FUNESPAÑA)” (Tanatorio sito en Camino Las Torres 73), respectivamente. Dichos tanatorios comenzaron prestar sus servicios el 17 de junio de 2013 (SERVISA) y en el mes de julio de 2013 (FUNESPAÑA).*
8. *La cuota de mercado de que dispone la empresa SERFUTOSA es muy elevada y ascendería al 100% hasta el 17 de junio de 2013 (fecha de comienzo de actividad de uno de los dos tanatorios privados existentes en la ciudad) y se ha mantenido en la horquilla (80%-89%) desde julio de 2013 hasta abril de 2015.*
9. *El Ayuntamiento de Zaragoza informó en abril de 2014, mediante documentación adjunta, que las empresas funerarias autorizadas para prestar servicios funerarios en la actualidad en la ciudad de Zaragoza son las siguientes (folios 882 a 899): Pompas Fúnebres Aragón S.L., NAJUCEM S.A., Pompas Fúnebres Aznar S.L., Servicios y Gestión GAZ S.A, Funeraria La Milagrosa S.L., Servicios Funerarios La Paz S.L. y Servicios Funerarios de Zaragoza S.L. Dicha información fue ratificada por el Ayuntamiento de Zaragoza el 21 de enero de 2016 (folios 2187 a 2190)*
10. *La negativa de acceso a las instalaciones funerarias del Complejo funerario del Cementerio Municipal de Torrero y en especial, al uso de las salas de velatorio del tanatorio, a empresas funerarias con autorización concedida en otro municipio y no radicadas en Zaragoza, no ha sido negada por la empresa SERFUTOSA que reconoce expresamente en la documentación remitida a solicitud de este SDCA que “SERFUTOSA hace reserva de sus instalaciones, con permiso del Ayuntamiento de Zaragoza, a las empresas funerarias que están autorizadas por el citado Ayuntamiento, a ejercer la actividad en la ciudad. A día de hoy estas empresas son 10 y servicios funerarios LA HISPANIDAD S.L. no está en este listado” (folio 763).*
11. *La mercantil SERFUTOSA ha manifestado expresamente, conforme se recoge en un documento aportado en procedimiento ordinario 175/2013 (folio 368), lo siguiente:*

“(…) b) SERFUTOSA ha denegado las diversas solicitudes recibidas de Servicios Funerarios La Hispanidad, S.L. para contratar incineraciones y acceder al cementerio municipal de Torrero, por no contar con licencia de actividad en Zaragoza.

c) SERFUTOSA no atiende las solicitudes de contratación de salas velatorio, incineraciones y acceso al cementerio de empresas mercantiles y empresarios individuales que carezcan de licencia de actividad en Zaragoza. De cualquier modo, tanto la compareciente como el resto de entidades y negocios afectados, vienen burlando esta prohibición subcontratando dichos servicios con empresas afincadas legalmente en Zaragoza. Este comportamiento viene arrastrándose desde hace años, mucho antes de la transposición de la Directiva Bolkénstein o de la promulgación de las leyes 17/09 y 25/09.

d) Efectivamente SERFUTOSA recibió, en su día, comunicación de la entonces Concejala Delegada de Cementerios del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, doña Isabel López González, en la que se le ordenaba no atender dichas solicitudes, si provenían de empresas que no contasen con licencia municipal, para la prestación de servicios funerarios en Zaragoza.”

12. La mercantil SERFUTOSA recibió una comunicación de fecha 15 de noviembre de 2005 del Ayuntamiento de Zaragoza, en la que se informaba sobre la vigencia de la ordenanza tras la liberalización del sector por la modificación del artículo 22 de Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, la liberalización producida en el transporte funerario y la libertad de acceso a “las cámaras de las instalaciones del Tanatorio municipal de Torrero, a las que podrá tener acceso cualquier empresa funeraria con independencia del municipio en donde esté instalada”, añadiendo que : “ El acceso al depósito por parte de las empresas que no cuenten con autorización para ejercer la actividad en el municipio de Zaragoza, no implica derecho alguno al uso del resto de las instalaciones del Tanatorio, entre las que se incluye, a título enunciativo, los velatorios” (folio 871).

13. La empresa ha afirmado que “no ha recibido instrucciones que modifiquen o alteren las emitidas por el Ayuntamiento en el documento 8 de los aportados”, esto es, la citada comunicación de 15 de noviembre de 2005 (folios 715 y 716).

14. En la relación de empresas funerarias que han accedido al tanatorio para prestar servicios durante los años 2010 a 2015 (meses de enero- abril en este último año) que ha sido remitida por la empresa SERFUTOSA a requerimiento del SDCA (folios 744 y 745; 747 y 748; 750 y 751; 753 y 754; 1566 y 1567; 1569 y 1570) constan las siguientes empresas funerarias ubicadas en Zaragoza:

“Pompas Fúnebres Zaragoza, S.L” (2010 a 2014), “Inversiones Funerarias Reunidas, SRL” (2010), “Pompas Fúnebres San Nicolás SL” (2010-2015), “Pompas Fúnebres Aragón, S.L” (2010 a 2015), “Pompas Fúnebres Paraíso S.A.” (2010 a 2015), “MONTE CAYO, S.A” (2010 a 2012), “Servicios Especiales, S.A” (2010-2015), “NAJUCEM, S.A.” (2010-2015), “Memora Servicios Funerarios, S.L.U “(2012-2015), “Servicios Funerarios de Zaragoza S.L.” (2012-1015); “La Milagrosa SL” (2012-2015),

“Albia Gestión de Servicios SL” (2013-2015) y “Servicios Funerarios La Paz S.L.” (2013-2015).

- 15. La documentación aportada por las denunciante pone de manifiesto que se han presentado varias solicitudes de alquiler de salas de velatorio (también de cremación) al Tanatorio de Torrero por parte de la empresa “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.”, así como por otras empresas funerarias no autorizadas en Zaragoza, que no han sido atendidas por la empresa gestora del Tanatorio.*
- 16. La mercantil SERFUTOSA ha reconocido que empresas funerarias no radicadas en Zaragoza solicitaron el acceso al tanatorio: “Servicios Funerarios La Hispanidad SL”, Carlos Aranda Casajús (NOVA) y Funeraria San Juan (folios 756 a 761),*
- 17. Empresas funerarias no autorizadas en la ciudad de Zaragoza, como la mercantil denunciante, han subcontratado los servicios con otras funerarias establecidas en Zaragoza para satisfacer las peticiones de sus clientes como revelan las facturas aportadas (folios 238 a 251) y declaraciones de clientes (308 a 315). Dichas empresas han cobrado un precio superior a las tarifas municipales por el alquiler de las salas de velatorio (folio 371 y 630 a 678).*
- 18. El Ayuntamiento de Zaragoza ha informado que las empresas funerarias no ubicadas en Zaragoza y autorizadas en otro municipio pueden acceder libremente al tanatorio municipal de Torrero desde la recepción en fecha 12 de noviembre de 2014 del informe final emitido por la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado en relación con el expediente LGUM 28/1429, previa presentación de declaración responsable mediante la cual las empresas acreditan su identidad y licencia o título habilitante en otro municipio (folio 1444).*
- 19. El Ayuntamiento de Zaragoza, previa declaración responsable de acceso al Complejo Funerario de Torrero, ha autorizado a catorce empresas funerarias (entre ellas, a la mercantil denunciante “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.”), mediante la acreditación de su identidad y licencia o título habilitante en otro municipio, desde noviembre de 2014 hasta el mes de junio de 2015 y lo ha comunicado a SERFUTOSA. (Folios 1445 a 1474).”*

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Competencia de los órganos aragoneses para la resolución del expediente.

La competencia para el pronunciamiento relativo al presente expediente según el artículo 1 de la Ley 1/2001, de 21 de febrero, de Coordinación de competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia citada Ley, una vez solventado el trámite exigido en el artículo 2 de la citada ley, corresponde a los órganos aragoneses de defensa de la competencia por cuanto la conducta denunciada no afecta al ámbito superior de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En ejercicio de dicha competencia, la incoación e instrucción de un expediente sancionador en materia de conductas prohibidas por la LDC corresponde al SDCA, como se deduce de los artículos 49 y 50 y de la disposición adicional octava de la LDC así como del RDC. En aplicación de dichos preceptos, la incoación de este procedimiento sancionador se ha llevado a cabo mediante resolución de la Dirección General de Economía de fecha 23 de marzo de 2015.

La competencia para resolver el presente procedimiento sancionador, previa propuesta de resolución regulada en el artículo 50.4 de la Ley, corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón de acuerdo con los artículos 34.1.b), 51 y la disposición adicional octava de la LDC, los artículos 36 y siguientes del RDC y el artículo 3 a) del Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia de Aragón.

SEGUNDO.- Conducta.

Con respecto a la conducta a analizar en el presente expediente la relación de hechos acreditados describe una serie de evidencias que revelan que la mercantil Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA), en su condición de gestora del tanatorio municipal de la ciudad de Zaragoza y empresa concesionaria del Complejo funerario de Torrero (Tanatorio municipal de Zaragoza), ha impedido de forma continuada y hasta el mes de noviembre de 2014, el acceso a las instalaciones municipales de dicho tanatorio (salas de velatorio) a empresas funerarias que no estaban autorizadas ni establecidas en Zaragoza, entre ellas, a la empresa denunciante, teniendo en cuenta que el tanatorio de Torrero es el único de carácter municipal en la ciudad de Zaragoza y ha sido el único existente en la ciudad hasta junio del año 2013.

Por ello, el objeto del presente expediente y de esta Resolución es analizar, desde la estricta perspectiva de las normas contenidas en la LDC, si la actuación de la empresa imputada impidiendo el acceso a las instalaciones del tanatorio municipal de Zaragoza (salas de velatorio) a empresas funerarias no autorizadas en el municipio es constitutiva de una infracción de la LDC y, en concreto, de un abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la citada Ley.

TERCERO.- Interesados en el procedimiento.

Tienen la consideración de interesados en este procedimiento sancionador, conforme ya se indicó en el acuerdo de incoación y en el Pliego de Concreción de Hechos y en la Propuesta de Resolución, las siguientes personas jurídicas y entidades:

- a) **SERVICIOS FUNERARIOS DE TORRERO S.A. (SERFUTOSA):** empresa denunciada que es la concesionaria del tanatorio municipal de Torrero (Complejo Funerario del Cementerio Municipal de Torrero) desde el año 1991, con domicilio social en C/ Fray Julián Garcés s/n de Zaragoza y constituida en 1979. Tiene por objeto social *“la explotación por concesión administrativa del complejo de edificios construidos por el Excelentísimo Ayuntamiento de Zaragoza y sus instalaciones*

para la incineración de cadáveres y restos, velatorios, cámaras frigoríficas y recintos comunitarios para ceremonias de cualquier religión”.

Está participada en la actualidad según los últimos datos obrantes en el expediente (certificación 25 de junio de 2015), por Mémora Servicios Funerarios S.L. (76%), Albia Gestión de Servicios S.L. (10%), D. Antonio Briceño Seoane (10%), Pompas Fúnebres San Nicolás, SL. (3%) y Pompas Fúnebres Aragón, S.L. (1%).

- b) SERVICIOS FUNERARIOS LA HISPANIDAD S.L.:** La empresa denunciante es una compañía mercantil de servicios funerarios constituida en junio de 2003 e inscrita en el Registro Mercantil de Zaragoza y con domicilio social en Letux (Zaragoza), Plaza de España, número 16. La sociedad tiene por objeto, entre otros, la prestación de toda clase de servicios funerarios, alquiler de salas de velación, compra venta de ataúdes, urnas, vehículos para el traslado de cadáveres y personas, cremación de cadáveres con todos los servicios necesarios para tal objeto, gestión de cementerios, floristería, etc. Es una empresa de carácter familiar y con ámbito de actuación típicamente provincial.
- c) ASOCIACIÓN FUNERARIA DE ESPAÑA (AFUES):** La asociación denunciante es una asociación con personalidad jurídica plena e independiente constituida en 1991 y compuesta por empresas funerarias de toda España, de ámbito nacional. Entre sus objetivos se encuentran los de defender y fomentar la libertad de prestación de servicios y de establecimiento, informar y representar a todos sus socios en asuntos de su ámbito de actividad, promover la mejora de la competitividad global del sector o defender la libertad de elección de la familia del fallecido a escoger libremente la empresa que desee.
- d) AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA:** Corporación Local sita en la provincia de Zaragoza, titular del tanatorio de Torrero y adjudicador de la concesión administrativa a SERFUTOSA para gestionar el Complejo Funerario de Torrero (Tanatorio), así como órgano regulador de la actividad de empresas funerarias en la ciudad de Zaragoza.
- e) DIRECCIÓN DE COMPETENCIA (CNMC).** En virtud de solicitud de personación en el procedimiento sancionador formulada por la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5. Tres 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.

CUARTO.- Marco normativo y competencial de los servicios funerarios.

El marco normativo que resulta aplicable al sector de los servicios funerarios fundamentalmente se caracteriza por dos notas, la primera su dispersión y la segunda su heterogeneidad.

Estas notas son una consecuencia tanto de la multiplicidad y variedad de los aspectos regulados en la prestación de estos servicios (sanidad mortuoria, transporte, protección de consumidores y usuarios, urbanismo y ordenación del territorio, etc.), como de la determinación del régimen de atribuciones concurrentes y distribución de competencias entre Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

Precisamente estas características tienen como consecuencia que la normativa en materia de servicios funerarios y de cementerio se defina como compleja, poco transparente y con una amplia casuística de requisitos de acceso a la actividad que varían considerablemente de unas Comunidades Autónomas a otras e incluso entre distintos municipios de la misma Comunidad Autónoma.

A continuación haremos una breve mención, de forma resumida, a los cambios legales que, desde el año 1996, han liberalizado de manera progresiva este sector, especialmente significativos en el periodo que abarca la conducta sancionada.

Por lo que respecta a la competencia sobre los servicios funerarios la normativa básica se encuentra en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, cuyo artículo 25 atribuye a los municipios las competencias en materia de cementerios y servicios funerarios “en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”, que se ha plasmado en la regulación mediante ordenanzas municipales de las condiciones que deben reunir los operadores de servicios funerarios para obtener la correspondiente autorización y de los requisitos de acceso y ejercicio de las empresas funerarias.

En efecto, la regulación de los servicios funerarios parte de una situación en que estaban reservados a las entidades locales, quienes los ejercían en régimen de monopolio.

Hasta 1996, dicha Ley consideraba los servicios funerarios como servicios esenciales y se reservaba su actividad a las Entidades Locales, que prestaban dichos servicios en régimen de monopolio de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria aprobado por Decreto de 20 de julio de 1974 (en adelante, RPSM), o por las disposiciones adoptadas por las distintas Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.

El RPSM está actualmente en vigor en Ceuta y Melilla así como en aquellas Comunidades Autónomas que no hayan legislado sobre la materia. Para las Comunidades Autónomas que cuenten con normativa autonómica propia sobre el particular, el RPSM sólo será de aplicación con carácter supletorio en aquellos aspectos no regulados por la norma autonómica. En lo relativo a los traslados internacionales lo dispuesto en este Decreto se aplica a todas las Comunidades Autónomas

En este sentido, es necesario considerar la regulación de la Comunidad Autónoma de Aragón a través del Decreto 106/1996, de 11 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueban normas de Policía Sanitaria Mortuoria dedicado a las empresas funerarias

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 liberalizaron los servicios funerarios abriendo el mercado a las empresas privadas y estableciendo la posibilidad de que los municipios pudieran someter a autorización la prestación de estos servicios, teniendo dicha autorización carácter reglado y debiéndose precisar normativamente los requisitos objetivos para obtenerla.

Este RDL supuso de una parte, la supresión de la reserva del ejercicio de servicios mortuorios a favor de las Entidades Locales que hasta entonces recogía el art. 86.3 LRBRL liberalizando la prestación de los servicios funerarios y de otra parte, implicó la apertura del mercado de los servicios funerarios a las empresas privadas y que la actividad quedara sometida sólo a una autorización municipal de carácter reglado (con unos requisitos mínimos y objetivos) que habilitaba a prestar dichos servicios en el término municipal correspondiente. La liberalización de la actividad también conllevó la libertad para fijar los precios por cada empresa.

Esta liberalización se impulsó con la modificación de dicho Decreto-ley a través de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, en la que se dispuso que el Estado y las Comunidades Autónomas deberían fijar los criterios mínimos para que los municipios regulasen los requisitos objetivos para obtener la autorización correspondiente, los cuales no podrían contener exigencias que desvirtuasen la liberalización del sector. Asimismo, permitió a todos los prestadores de servicios funerarios autorizados realizar en todo el territorio español la actividad asociada de traslado de cadáveres.

Posteriormente, como consecuencia de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, se aprobó la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicio y su Ejercicio, norma que se aplica a la prestación de servicios funerarios.

Tras la aprobación de esta ley la actividad funeraria queda sometida a un marco normativo que incide más en la liberalización de este sector. Entre otros aspectos relevantes, la Ley reconoce la validez en todo el territorio nacional de la habilitación para llevar a cabo la prestación de servicios funerarios, su duración ilimitada y el sometimiento de las empresas funerarias a las obligaciones de información y en materia de reclamaciones que en dicha ley se recogen.

Además su disposición adicional séptima establece que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, *“el Gobierno llevará a cabo un estudio y propondrá, en su caso, los cambios normativos necesarios para garantizar la libertad de elección de los prestadores de servicios funerarios, incluidos los supuestos en que se haya contratado un seguro de decesos, así como para impulsar la eliminación de otras posibles trabas que puedan derivarse de la normativa vigente”*.

En esta línea, en cumplimiento del mandato legal establecido en la mencionada disposición adicional séptima, y con el objetivo de eliminar las numerosas restricciones a la competencia existentes en la normativa aplicable al sector el Consejo de Ministros

aprobó el 17 de junio de 2011 un Proyecto de Ley de Servicios Funerarios, que incorporó la mayor parte de las recomendaciones formuladas en el estudio realizado por los Ministerios de Economía y Hacienda y de Sanidad y Política Social y que en su preámbulo manifiesta que pretende establecer un marco general para la prestación de servicios funerarios que garantice la competencia efectiva y la libre elección por parte del consumidor, que asegure la protección del mismo y que garantice una mejor información sobre los servicios y precios ofrecidos, delimita las condiciones y requisitos a los que se encuentran sometidos los prestadores de servicios funerarios y eliminaba muchas restricciones injustificadas al acceso y ejercicio de la actividad existentes.

Sin embargo, como consecuencia de la disolución de la IX Legislatura, se produjo la caducidad de dicho Proyecto de Ley, declarada por la Mesa de la Diputación Permanente del Congreso el día 28 de septiembre de 2011 y, a día de hoy, aún no se ha retomado su tramitación.

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que reconoce una serie de principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas, con el objetivo de evitar la introducción de restricciones innecesarias o desproporcionadas en el funcionamiento de los mercados, obteniendo con ello una regulación más eficiente desde el punto de vista de la competencia, sin renunciar a las finalidades públicas perseguidas por la norma. La existencia de una competencia efectiva, junto con una transparencia en la información, son dos presupuestos importantes para que pueda existir una verdadera elección de operador por parte del consumidor.

Cabe destacar también la enorme trascendencia de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante LGUM), para el libre ejercicio de las actividades económicas en general, y en particular para las que se desarrollan en el sector de los servicios funerarios.

Ley que destaca los principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libertad de circulación; las garantías al libre establecimiento y circulación y el principio de eficacia en todo el territorio nacional, e introduce modificaciones legislativas específicas, en concreto respecto a la necesidad de autorización justificada por razones de salud pública

Esta Ley contiene las disposiciones necesarias para garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional, asegurando su adecuada supervisión.

Su entrada en vigor implica la derogación de cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta Ley. Las conclusiones recogidas en los informes emitidos hasta el momento por las autoridades competentes, conforme a los procedimientos de protección de operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de circulación, previstos en el Capítulo VII de la LGUM, ponen de manifiesto la falta de adaptación a la LGUM de gran parte de la normativa vigente en materia de servicios funerarios, lo que se traduce en la existencia de numerosas trabas

tanto para el acceso como para el ejercicio de la prestación de estos servicios, afectando seriamente a la unidad de mercado.

Estas autoridades plantean en sus informes la acuciante necesidad de acometer importantes reformas legales en el sector, lo que pasa por reemprender la tramitación del Proyecto de Ley de Servicios Funerarios.

En aplicación de la normativa estatal y autonómica, algunos Ayuntamientos han aprobado ordenanzas municipales específicas en esta materia, donde establecen los requisitos de acceso y ejercicio que deben cumplir los prestadores de servicios funerarios.

Así, el Ayuntamiento de Zaragoza aprobó la Ordenanza Municipal Reguladora de Empresas Funerarias (publicada en el BOPZ de 7/04/1983) con objeto de “regular las condiciones y requisitos necesarios para la instalación, apertura y ejercicio de la actividad de Empresas Funerarias en el término municipal de Zaragoza” (artículo 1).

Dicha Ordenanza prevé la necesidad de autorización o licencia para el ejercicio de la actividad y el cumplimiento de los requisitos exigidos en su articulado.

La citada Ordenanza municipal contiene, entre otros, los siguientes preceptos:

“Art. 2.- 1.- *Con las excepciones que para casos especiales o por accidente, de inhumaciones en barrios rurales de residentes en el propio barrio, o sobre enterramiento de miembros humanos, tenga dictados o dicte la Autoridad Sanitaria competente, el traslado de cadáveres y restos por las vías públicas de la ciudad; solamente podrá realizarse por empresas funerarias radicadas en Zaragoza y con licencia de este municipio.*

2.- No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior los traslados desde otras poblaciones a Zaragoza podrán realizarse por empresas debidamente autorizadas aunque no estén radicadas en Zaragoza. El traslado de cadáveres o restos desde Zaragoza a otras poblaciones solamente podrá realizarse por empresas autorizadas en esta Capital o en la población donde hayan de realizarse las inhumaciones.

Art. 4.- *Cada Empresa deberá de tener en disposición de servicio, permanente, tanto para autorizar la instalación y apertura de la misma como para el ejercicio de la actividad, y como mínimo, los elementos siguientes:*

(Se enumeran aquí detallados requisitos relativos a (i) vehículos, (ii) féretros, (iii) locales, (iv) personal y (v) otro material).

A la solicitud de licencia de apertura se acompañará un ejemplar del proyecto de instalación y dos de un ejemplar del proyecto de instalación y dos de una Memoria explicativa de los medios materiales -instalaciones, vehículos, féretros, prendas protectoras, etc. - y personales de la Empresa, así como de los servicios que haya de prestar. El proyecto de instalación y un ejemplar de la Memoria serán remitidos a la Autoridad sanitaria competente, al solicitar el preceptivo informe a que se

refiere el Artículo 43 del Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria. La tramitación de estos expedientes, así como los que se refieran al funcionamiento de estas empresas, régimen de vehículos, tarifas, etc. serán competencias de la Comisión de Servicios Públicos.

Art. 10.- *Toda Empresa funeraria que desee ejercer la actividad en el término municipal de Zaragoza deberá solicitar previamente licencia de instalación de los locales que hayan de destinar a guarda de vehículos a almacén y a oficina de servicios, conforme a lo establecido en las Ordenanzas Municipales y demás disposiciones aplicables. Corresponderá a la Sección de Urbanismo la tramitación de estos expedientes.*

Art. 11.- *Concedida la licencia de instalación, deberá de solicitarse licencia de apertura cuya concesión habilitará para el ejercicio de la actividad (...).*

Art. 12.- *La concesión de licencias de apertura para el ejercicio de la actividad, requerirá informe previo favorable de la Autoridad sanitaria competente.*

Art. 13.- *Las licencias para los vehículos fúnebres, tanto en su concesión como en su régimen, se regularán por lo dispuesto en el Reglamento de los Transportes urbanos e interurbanos en automóviles ligeros (...).*

Art. 14.- *El ejercicio de la actividad de las Empresas funerarias exigirá la propia licencia para los diferentes elementos que la requieran sin que la concesión de unas condiciones la de las otras sino se cumplen los requisitos legalmente establecidos para cada una de ellas.”*

Se ha aprobado inicialmente en fecha 28 de enero de 2015 la nueva Ordenanza municipal de actividades y servicios funerarios de Zaragoza (B.O.P.Z de 11 de febrero de 2015) que modifica el régimen jurídico existente.

Además, en el caso que nos ocupa, hay que tener en cuenta que la mercantil (SERFUTOSA) presta el servicio de conformidad con las condiciones que figuran en el expediente de contratación y que son recogidas en el “*Pliego de condiciones para la contratación mediante concurso de los servicios a prestar en el Complejo funerario del Cementerio Municipal de Torrero*” y sus modificaciones aprobadas.

QUINTO.- Análisis y valoración de la conducta prohibida

En virtud de lo expuesto en los precedentes Fundamentos Jurídicos y de la conducta descrita en los Hechos Acreditados, este TDCA considera acreditado que la mercantil “Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)”, ha incurrido en una infracción del artículo 2 de la LDC, dado que ha quedado probado en el expediente que la citada empresa, concesionaria del tanatorio municipal de Torrero, ha realizado una conducta abusiva al denegar de forma injustificada el acceso al complejo funerario de Torrero de Zaragoza y en concreto, el uso de las salas de velatorio del Tanatorio, a

empresas funerarias habilitadas que no tenían autorización del Ayuntamiento de Zaragoza y no estaban radicadas en el municipio.

Respecto a la infracción del artículo 2 de la LDC, precepto que prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición dominante, el elemento imprescindible del tipo infractor de este artículo consiste en la existencia de una posición de dominio de la empresa denunciada en el mercado afectado en el que se desarrolla la conducta.

Pero hay que tener en cuenta que la legislación española no sanciona la mera posición dominante, puesto que ésta puede ser resultado de un buen desempeño empresarial, sino un abuso de la misma que pretenda restringir la libre competencia debilitando a los competidores, obstaculizando la entrada a otras empresas o aplicando condiciones injustas a clientes o proveedores.

Por tanto los presupuestos fácticos necesarios para la aplicación del citado artículo son los siguientes: a) que concorra un operador económico que ostente la posición de dominio; b) que tal operador abuse de esa posición de dominio; c) que tal abuso produzca efectos anticompetitivos y d) que tales efectos anticompetitivos no puedan contrarrestarse con las posibles eficiencias que la conducta también pueda producir.

Por tanto, es necesario determinar si concurren dichos requisitos en los hechos denunciados, y en primer lugar, si “SERFUTOSA” ostenta una posición de dominio, requisito indispensable para que su conducta pueda ser incardinada en este artículo 2 LDC.

1. POSICIÓN DE DOMINIO

Para determinar la posición de dominio es necesario, en primer lugar, delimitar el mercado relevante en el que se llevan a cabo las prácticas anticompetitivas denunciadas.

La Comunicación de la Comisión Europea 97/C372/03 sobre definición del mercado relevante ofrece las pautas para una correcta delimitación de los mercados afectados por una conducta susceptible de restringir la competencia.

De acuerdo con este documento, para la delimitación del mercado relevante es preciso tener en cuenta, de un lado, los productos y servicios afectados (“mercado de producto”) y, de otro, el ámbito espacial en el que operan las empresas (“mercado geográfico”).

A) MERCADO DE PRODUCTO

El mercado de producto comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio, o el uso que se prevea hacer de ellos.

El mercado de servicios funerarios carece de una definición legal como tal, si bien puede seguirse la noción doctrinal comúnmente aceptada y empleada, tanto por la

autoridad nacional de competencia (Informe del TDC sobre la concentración C85/04, INTUR/Euro Stewart; Resolución de la CNC, de 3 de marzo de 2009, Funerarias de Baleares, Expte. 650/08) como por las autoridades regionales (estudios sobre el sector de la Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalitat de Cataluña de 2007, del Tribunal Gallego de Defensa de la competencia de 2008, del Servicio Vasco de Defensa de la competencia 2010) así como la establecida por el Tribunal de Cuentas (informe de Fiscalización de la Gestión de servicios funerarios y de cementerio de 20 de julio de 2006) o la fijada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional R.144/2009 (Resolución de 31 de marzo de 2010), según la cual dicho mercado en un sentido amplio comprende todas aquellas actividades que se realizan desde que se produce la defunción de una persona hasta el momento de su inhumación o incineración, y en el que cabe diferenciar, como mercados separados, los servicios funerarios (que incluye, entre otros, el traslado de cadáveres fuera del término municipal), los servicios de tanatorio y los de cementerio

En consecuencia, los servicios funerarios se configuran como un mercado autónomo a efectos de defensa de la competencia en el que se incluirían actividades de muy diversa naturaleza (entre ellas, podemos citar las de 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 esquelas, alquiler de vehículos de acompañamiento, publicación de esquelas, ayuda psicológica, etc.).

Como ya hemos señalado antes, dentro de este mercado de “servicios mortuorios” pueden distinguirse, a su vez, diversos conjuntos de servicios que pueden considerarse mercados relacionados, todos ellos, de ámbito local:

- a) Servicios funerarios, entre los que se encuentran el acondicionamiento de los cadáveres, amortajamiento, suministro de féretros, ataúdes, arcas y urnas, enferetramiento, servicios de coches fúnebres y organización del acto de entierro, suministro de flores y coronas, traslado de cadáveres fuera del término municipal y diligencias para el registro de la defunción y autorización de la sepultura.
- b) Servicios de tanatorio, que comprende el velatorio de los fallecidos en adecuadas condiciones higiénico-sanitarias y las prácticas para el tratamiento de los cadáveres de conformidad con lo autorizado por las leyes.
- c) Servicios de cementerio, que son los realizados desde la descarga del féretro hasta el enterramiento, así como la reducción en nichos y sepulturas.

De acuerdo con lo expuesto, los servicios de tanatorio constituyen un servicio independiente del resto de servicios funerarios que puede ser contratado separadamente del resto de las prestaciones mortuorias (Resolución de 20 de junio de 2001, Expte. 495/00, Velatorios Madrid; Resolución de 16 de marzo de 2001, Expte. 461/00, Cementerio La Paz; Informe C 85/04 Intur/Euro Stewart) y de hecho no todas las

empresas que prestan servicios funerarios están en disposición de ofertar el servicio de tanatorio.

A este respecto, la Autoridad Catalana de la competencia en sus “Observaciones sobre la incidencia que podrían tener determinadas medidas en el nivel de competencia de los servicios funerarios” considera que facilitar el acceso de los operadores en el mercado de servicios mortuorios que no dispongan de un tanatorio propio a los tanatorios ya implantados es un factor central y crucial para conseguir un incremento de la competencia de los servicios funerarios.

Asimismo, hay que indicar que el uso del tanatorio para velar a los fallecidos constituye una práctica cada vez más generalizada en las familias, siendo un servicio básico para los consumidores, prácticamente insustituible por ningún otro, ni siquiera por un velatorio en casa.

Como se indica en la Resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía (S/I2/2012, Tanatorios de Huelva,) el servicio de tanatorio “se convierte en un elemento casi imprescindible en la oferta que realizan las empresas de servicios funerarios, llegando a ser considerado en diversas ocasiones por el TDC como “instalación esencial” En este orden de consideraciones, resulta pertinente señalar que el TDC tiene establecido que en aquellos casos en que una empresa explota económicamente una infraestructura, un recurso o un activo, que resulta esencial para la prestación por terceros de una actividad económica, tal infraestructura o activo constituye un mercado de producto en si mismo “.

En definitiva, el mercado de producto en el presente expediente se define como la prestación del servicio de tanatorio, entendiéndose por tal aquel donde se realiza el velatorio y, en su caso, las prácticas necesarias para el acondicionamiento del cadáver. Cabe decir que SERFUTOSA no cuestiona la definición de mercado de producto.

Con base en todos los argumentos anteriores, este TDCA coincide con el SDCA en que en el presente expediente sancionador, el mercado de producto de referencia en el que tienen lugar las conductas imputadas es el de prestación de los servicios de tanatorio.

B) MERCADO GEOGRÁFICO

En segundo lugar, los mercados también deben delimitarse desde un punto de vista geográfico con el fin de determinar si las empresas de distintas zonas constituyen una fuente de suministro alternativo para los consumidores.

El mercado geográfico de referencia, siguiendo la Comunicación 97/C 372/03 de la Comisión, se define como “la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las

condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”.

Entrando ya en el examen del presente expediente el mercado geográfico se definió, tanto en el pliego de concreción de hechos como en la propuesta de resolución, como un mercado de carácter eminentemente local que está delimitado exclusivamente por el municipio de Zaragoza.

Si bien como decíamos anteriormente el mercado de producto no fue objeto de controversia no ocurre lo mismo con el mercado geográfico que fue objeto de alegaciones por parte de la mercantil SERFUTOSA, lo que fue objeto de respuesta tanto en el pliego como en la propuesta de resolución.

Este TDCA entiende que nos encontramos ante un mercado geográfico eminentemente local que se debe circunscribir a cada localidad, y en el presente caso al municipio de Zaragoza, delimitación que se fundamenta no sólo en las numerosas resoluciones de órganos de defensa de la competencia y resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre esta cuestión sino también en la propias características de este mercado definidas por las notas de la proximidad y por la de su carácter localista.

Respecto de las resoluciones de los órganos de defensa de la competencia podemos recoger la doctrina de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia sobre esta cuestión al considerar que el mercado de servicios de tanatorio, y en general de los servicios mortuorios, tiene ámbito local, ya sea restringido a una localidad, ya a la totalidad del término municipal (Resolución TDC de 30 de octubre de 2012, Expte. 21 MAD 21/10 Tanatorio de Pozuelo).

Posición que también ha sido acogida por las recientes resoluciones de órganos autonómicos de defensa de la competencia, considerando que el mercado geográfico relevante está limitado por el municipio correspondiente (Resolución del Consejo Gallego de Competencia de 10 de julio de 2012 R 1/2012 Tanatorio de Valga, resolución del Consejo de Defensa de la competencia de Andalucía de 27 de septiembre de 2012 S 12/2012 Tanatorios de Huelva) o de la propia CNC (Resolución del Consejo de la CNC de 20 de mayo de 2013 (Expte. SA MUR 5DC11AD014 ATAUDES).

Y así se ha reconocido por este TDCA en su acuerdo de fecha de 12 de marzo de 2014 (Exp. 15/2008, ASUNTO “POMPAS FUNEBRES FUNERARIA FRAGA S. L.”) lo siguiente: *“Es por ello, que en el presente asunto se considera que el mercado tiene también un carácter eminentemente local que está delimitado exclusivamente por el municipio de Fraga (Huesca).”*

Respecto de las resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre esta cuestión podemos citar la Sentencia de 31 de marzo de 2010 dictada por la Audiencia Nacional en la que confirma la resolución de la CNC de 3 de marzo de 2009 (Exp. 650/08 Funerarias Baleares) o la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 28 de enero de 2014 (recurso 289/2012), que rectificó la Resolución del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura, de 3 de febrero de 2012 (Exp.

JDCE/S/01/10) la cual consideraba que el mercado geográfico abarcaba un radio de 40 km, y reconoció, en cambio, el carácter local del mercado de servicios de tanatorio.

Y finalmente esta delimitación se fundamenta también, como decíamos, en la propias características de este mercado definidas por las notas de la proximidad y por la de su carácter localista. De una parte la proximidad es un elemento esencial y que, desde el punto de vista de la demanda, se caracteriza por ser estable, forzoso o de primera necesidad, ocasional, urgente y local, y desde el punto de vista de la oferta, por ser realizado principalmente por pequeñas o mediana empresas, y de otra parte, el carácter localista de este mercado viene dado por cuanto se define en áreas de actuación geográficamente muy limitadas con un alto grado de concentración de la oferta en las mismas.

La mercantil imputada como ya hemos dicho cuestiona la delimitación del mercado geográfico realizada en el pliego de concreción de hechos y en la propuesta de resolución considerando que no queda justificado que el mercado geográfico de prestación de servicios de tanatorio deba reducirse al término municipal de Zaragoza y que dicho mercado ha de ser definido como comprensivo de Zaragoza y su área metropolitana incluyendo los 19 municipios ubicados en un radio o ámbito de influencia configurado por la aplicación de una isócrona de unos 20-30 minutos de desplazamiento.

Sobre esta cuestión y con carácter previo a cualquier otra consideración, hay que indicar, en primer lugar, que existen varios municipios comprendidos en el ámbito delimitado que tienen instalaciones de tanatorio/salas de velatorio: Alagón, Alfajarín, El Burgo de Ebro, Fuentes de Ebro, San Mateo de Gállego, Utebo, Villanueva de Gállego, Villamayor de Gallego y Zuera.

Todos estos municipios se hallan ubicados a menos de 30 Km de distancia de la ciudad de Zaragoza y a menos de 30 minutos de desplazamiento, y constituyen importantes núcleos de población, situándose tres de estos municipios entre los tres más poblados de la provincia de Zaragoza (Utebo, Alagón y Zuera).

Con respecto a esta cuestión cabe señalar en primer lugar que dichos municipios, en contra de lo indicado por la mencionada mercantil, se hallan perfectamente distinguidos del núcleo urbano de Zaragoza y en ningún caso puede concluirse que formen parte de un continuo urbano o área metropolitana como se afirma en el escrito de alegaciones sin fundamentación alguna.

En segundo lugar respecto a la isócrona de 20-30 minutos incluida en el anexo aportado por la mercantil imputada, destacar que incurre en dos errores de concepto graves, al confundir tiempo con distancia y no definir la red topológica sobre la que se han calculado las curvas ni especificar el centro topológico de las curvas.

Hay que tener en cuenta, que una isócrona, por su propia naturaleza, no da lugar a figuras circulares o elipsoidales como la que aparece en el Anexo aportado, sino más bien a polígonos en forma de cristales de hielo o estrellas de mar, en función de la capacidad de las vías de comunicación de acceso a un punto geográfico y de sus velocidades medias de circulación.

Por otra parte, habría que trazar las isócronas sobre una red topológica determinada y, en cualquier caso, con su centro no situado en el casco histórico de la ciudad (como parece que se ha hecho), sino en el propio complejo funerario de Torrero, que está situado entre el tercer y el cuarto cinturón de ronda (Z-30 y Z-40) y, por lo tanto, con unos tiempos de acceso bien diferentes si el origen del viaje está en el eje de la autovía de Huesca (caso de Villanueva de Gallego o Zuera), en el de la carretera de Logroño (caso de Utebo o Alagón) o en el de la autovía de Teruel (caso de María de Huerva o Cadrete).

No obstante, dichas apreciaciones de carácter técnico carecen de relevancia, ya que, como se expondrá a continuación, debe rechazarse una delimitación del mercado geográfico basado en un exclusivo e insuficiente criterio de coste en tiempo de desplazamiento, tal como se defiende por la mercantil SERFUTOSA.

Además, en este punto, creemos oportuno reproducir el análisis realizado en la Resolución del 2 de julio de 2015 en el expediente nº 41/2012, FUNERÀRIA FONTAL por el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia:

“Según un supuesto conservador de que a un velatorio asistan 10 miembros de una familia y cada uno de ellos realice dos viajes de un tiempo aproximado de 30 minutos (ida y vuelta) daría lugar a unos costes de tiempo de 600 minutos. En economía del transporte, el valor de los ahorros de tiempo se sitúa entre los 8 y los 25 euros por hora en función de la motivación y características del viaje. En el caso que nos ocupa, atendiendo a las especiales condiciones emocionales que rodean una defunción, hay que suponer que la valoración del tiempo es elevada. Tomando un valor del tiempo de viaje de 20 €, implica un coste de tiempo aproximado de 200 € para la familia.

Además, hay que tener en cuenta que buena parte de la comunidad que acude al velatorio también se tendrá que desplazar. Bajo el supuesto de que acudan 80 personas y que el valor del tiempo en este caso se sitúe en la banda baja, 8 euros, implica un coste adicional en términos de tiempo de 320 euros. Si bien es cierto que la familia no tiene porqué incorporar estos costes a su decisión, tampoco se puede negar que internalizaría al menos una parte de estos. Adicionalmente a los costes de tiempo y a los costes monetarios de transporte que no se han cuantificado, se tienen que sumar las fuertes preferencias del consumidor por velar el difunto en el mismo municipio de residencia. Por lo tanto, para compensar la pérdida de proximidad, el operador que no disponga de tanatorio en el mismo municipio tendría que ofrecer un descuento sustancial en el precio del servicio con el fin de atraer clientes.

Además, hay que tener en cuenta que, vistas las características de la demanda de servicios funerarios, nos encontramos en un mercado poco sensible a variaciones del precio. En resumidas cuentas, las características de este mercado y los factores que determinan la competencia llevan a concluir que el grado de sustituibilidad entre tanatorios de diferentes municipios es bajo, vista la alta compensación en el precio

necesaria a fin de que un número suficientemente elevado de familias estuvieran dispuestas a contratar el servicio en un municipio diferente al de residencia.”

Suscribiendo el anterior análisis realizado por la autoridad catalana de la competencia, este TDCA vuelve a señalar que los servicios funerarios se prestan a demanda de los familiares de los difuntos que son quienes deciden dónde se van a prestar los servicios y, según los usos y costumbres del lugar, a los difuntos se les suele velar y despedir con ceremonias civiles o religiosas en aquellos lugares donde se va a producir la inhumación o cremación. En la práctica, lo habitual es acudir a un proveedor local, teniendo en cuenta que el destino final de los restos del fallecido usualmente se realiza en el cementerio del lugar en el que aquel había residido y que la opción por una empresa que no sea local puede suscitar problemas a la hora de contratar algunas prestaciones, especialmente en lo que se refiere al velatorio.

Realizadas estas precisiones y centrándonos en la cuestión de fondo planteada, que no es otra sino la delimitación mercado geográfico, hay que señalar que el pliego de concreción de hechos manifestó el carácter local del mercado constituido por el municipio de Zaragoza, justificando dicha afirmación en los numerosos pronunciamientos de los órganos estatales y autonómicos de defensa de la competencia, así como judiciales.

Es más, como ya se indicó, las recientes resoluciones de órganos de defensa de la competencia que acogen la doctrina consagrada sobre este punto, consideran que el mercado geográfico relevante está limitado por el municipio correspondiente (Resolución del Consejo Gallego de Competencia de 10 de julio de 2012 R 1/2012-Tanatorio de Valga; resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de 27 de septiembre de 2012 S/12/2012 -Tanatorios de Huelva y Resolución del Consejo de la CNC de 20 de mayo de 2013 (Exp. SA MUR/5DC11AD014 ATAUDES).

Entre estas resoluciones destacamos lo dispuesto en la primera de las mencionadas: *“La doctrina de la Comisión Nacional de la Competencia sobre el particular es también muy clara al considerar que el mercado de servicios de tanatorio –y, en general, los servicios mortuorios- tiene ámbito local, ya sea restringido a una localidad, ya a la totalidad del término municipal. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 31 de marzo de 2010 (FD 9º), que confirma la resolución de la CNC de 3 de marzo de 2009, Expte. 650/08 – Funerarias Baleares (AH 1º), dispone que “los mercados descritos de servicios funerarios, de tanatorio y de cementerio son de ámbito local”. Véase, en el mismo sentido, y sin ánimo de ser exhaustivos, las Resoluciones del TDC/CNC de 13 de noviembre de 2002–Funerarias Vigo, FD 3º, en la que se considera que el mercado geográfico relevante es el de la ciudad de Vigo; o de 20 de junio de 2001, Expte. 495/00–Velatorios Madrid, FD 4º, en el que se indica el municipio de Madrid. Con estos antecedentes, cabe colegir que el mercado geográfico relevante en el presente asunto tiene también carácter eminentemente local y está delimitado por el municipio de Valga.”*

En este mismo sentido, hay que resaltar que la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 28 de enero de 2014 (recurso 289/2012), rectificó la Resolución del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura, de 3 de febrero de 2012 (Exp. JDCE/S/01/10) la cual consideraba que el mercado geográfico abarcaba un radio de 40 km, y reconoció, en cambio, el carácter local del mercado de servicios de

tanatorio. Como bien dice la Sala *“estamos ante un mercado geográfico eminentemente local, que se debe circunscribir a cada localidad (que disponga de suficiente población como para ser rentable económicamente para las empresas del sector)”*

En los mismos términos se pronunció el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía (Tanatorios de Huelva) al rechazar criterios establecidos en precedentes como los invocados por la mercantil SERFUTOSA en su escrito de alegaciones (pronunciamientos del TDC en sus Resoluciones de 20 junio 2001 (Expte. 495/00, Velatorios Madrid) y de 16 de marzo de 2001 (Expte. R 461/00, Cementerio La Paz), *“y ello, pese a la existencia de otros tanatorios en municipios relativamente próximos”*, como sucedía en el expediente referenciado.

Conforme se indica en la citada resolución: *“Conviene tener presente que los servicios funerarios se prestan a demanda de los familiares de los difuntos, que son quienes deciden donde se van a prestar los servicios y, según los usos y costumbres del lugar, a los difuntos se les suele velar y despedir con ceremonias civiles o religiosas en aquellos lugares donde se va a producir la inhumación o cremación. En la práctica, lo usual es acudir a un proveedor local, teniendo en cuenta que el destino final de los restos del fallecido suele realizarse en el cementerio del lugar en el que aquel había residido y que la opción por una empresa que no sea local puede suscitar problemas a la hora de contratar algunas prestaciones, especialmente en lo que hace al velatorio. Teniendo en cuenta todos los aspectos analizados, el mercado de servicios funerarios se convierte, en la mayoría de los casos, en un mercado geográfico de ámbito local. Por tanto, este Consejo comparte con el DI que el mercado de referencia en el que tiene lugar la conducta imputada en este expediente sancionador ha de entenderse como el de prestación de servicios de tanatorio en el municipio de Aracena (Huelva).”*

Como bien se indica en esta última resolución, así como en el resto de adoptadas por los autoridades de defensa de la competencia sobre esta materia, en el mercado de servicios funerarios, y en concreto, en el de servicios de tanatorio, existe una variable clave que se añade a las variables estándar de competencia (precio y calidad del servicio) y que resulta esencial como es la proximidad.

Es un hecho constatado y resaltado por todos los pronunciamientos realizados, que los consumidores seleccionan proveedores próximos al lugar de residencia, ya que pueden ofrecer todos los servicios, incluyendo el de tanatorio. El consumidor residente en cualquier municipio que contrata este servicio no se plantea en modo alguno velar el cadáver de su ser querido en otro lugar que no sea el del lugar más próximo a donde reside su familia, donde va a tener lugar el sepelio.

En definitiva, las fuertes preferencias del consumidor por velar el difunto en el mismo municipio de residencia constituyen un elemento esencial de la demanda, al igual que los aspectos antropológicos o culturales *“ya que según los usos y costumbres del lugar la práctica es que la familia del finado escoja para realizar el velatorio un tanatorio ubicado cerca de donde se vaya a producir el entierro o incineración, porque entre estos acontecimientos suelen pasar pocas horas”* (Resolución Jurado de Defensa de la Competencia de 20 de octubre de 2014 JDCE/S/02/2012)

Como señala el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia en su resolución de 2 de julio de 2005 *“para compensar la pérdida de proximidad, el operador que no disponga de tanatorio en el mismo municipio tendría que ofrecer un descuento sustancial en el precio del servicio con el fin de atraer clientes. Además, hay que tener en cuenta que, vistas las características de la demanda de servicios funerarios, nos encontramos en un mercado poco sensible a variaciones del precio. En resumidas cuentas, las características de este mercado y los factores que determinan la competencia llevan a concluir que el grado de sustituibilidad entre tanatorios de diferentes municipios es bajo, vista la alta compensación en el precio necesaria a fin de que un número suficientemente elevado de familias estuvieran dispuestas a contratar el servicio en un municipio diferente al de residencia.”* (Exp. nº 41/2012 FUNERARIA FRONTAL).

En este mismo sentido se pronuncia la mencionada Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 28 de enero de 2014 al indicar, de forma ilustrativa, lo siguiente: *“En modo alguno podemos compartir que exista sustituibilidad de la demanda entre el servicio de velatorio sito en Valencia de Alcántara y el de Alburquerque. Y ello como resultado del ejercicio mental que nos recomienda la Comunicación, pues no creemos que los vecinos de Valencia de Alcántara estuvieran dispuestos a velar el cadáver de su familiar en la sala de velatorios de Alburquerque, para luego enterrarlo en el lugar de su residencia, pese a que la empresa denunciada subiera los precios de forma moderada (entre el 5% y el 10%) y permanente. De otra forma, pensamos que a dicha empresa le resultaría rentable dicho incremento pese a la hipotética reducción de contrataciones a favor de la empresa que explota la sala de velatorios de Alburquerque como consecuencia del mismo.”*

Al igual que en las resoluciones expresadas, no se puede compartir que exista sustituibilidad de la demanda entre el servicio de velatorio sito en el Tanatorio de Torrero y en el existente en otros municipios próximos, como pretende la empresa imputada.

En el presente caso, es evidente que el municipio de Zaragoza tiene suficiente población como para ser rentable económicamente y que la existencia de otros tanatorios/salas de velatorio en municipios cercanos, con entidad poblacional suficiente, como dice la mencionada Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 28 de enero de 2014 *“no se compadece bien con la tesis del JDC de que, en base al escaso tiempo de desplazamiento, sean sustituibles para el consumidor tales servicios independientemente de la localidad en que se presten, teniendo en cuenta la localidad de residencia del fallecido.”*

Es más, si el mercado no fuera local o localista, no se hubieran construido en los últimos años tanatorios y salas de velatorio en las poblaciones cercanas a Zaragoza. Sin embargo, la realidad nos muestra que estas infraestructuras se han construido y se siguen construyendo en dichas poblaciones, algunas de las cuales, como es el caso de Zuera, incluso dispone de dos centros con servicio de salas de velatorio. De la misma forma, en lugares tan cercanos a Zuera como San Mateo de Gallego y Villanueva de Gallego, se han puesto en marcha servicios de sala de velatorio, que prestan servicios a los ciudadanos de sus localidades.

Evidentemente, ello no impide que también puedan dar servicio a otras más próximas, ya que la determinación del carácter local del servicio no significa dejar de reconocer que no todos y cada uno de las localidades existentes en el círculo delimitado pueden tener servicio de vela, y que, por tanto, para los vecinos de alguna de ellas puede ser sustituible la demanda y le dé lo mismo acudir al tanatorio existente en uno de los municipios más cercanos.

En este sentido y como prueba de la afirmación realizada, baste mencionar que las propias empresas de tanatorios o Ayuntamientos publicitan sus instalaciones subrayando la cobertura de servicios a los habitantes de su propio municipio o de municipios limítrofes que no tienen dicha instalación. Un ejemplo claro de ello lo encontramos en la Guía de Tanatorio del grupo Mémora en la que se indica, en relación con el tanatorio de Zuera (uno de los municipios incluidos en el área de influencia señalada por la mercantil SERFUTOSA) que *“con este recinto tienen cubierto el servicio funerario los habitantes de diversos municipios situados al norte de la ciudad de Zaragoza, en la Ctra de Huesca; la comarca que comprende las localidades de Zuera, Villanueva de Gállego, Ontinar del Saz y el Temple, entre otras”* (www.funerariafrontal.com).

En virtud de lo expuesto, no cabe sino concluir que se halla suficientemente justificada la delimitación del mercado geográfico realizada en el pliego de concreción de hechos al afirmar que en el presente expediente el mercado tiene un carácter eminentemente local y que está delimitado exclusivamente por el municipio de Zaragoza, y en consecuencia debe rechazarse la configuración del mercado geográfico constituido por una amplia área de influencia de Zaragoza (y por supuesto, la inexistente área metropolitana zaragozana) que diseña la mercantil imputada y que califica como continuo urbano, en la que se incluirían 19 (o 21) municipios próximos a Zaragoza en los que existen tanatorios/salas de velatorio.

C) POSICIÓN DE DOMINIO

Una vez definido el mercado relevante, el siguiente paso para apreciar la existencia de una infracción del artículo 2 LDC consiste en primer lugar en acreditar de forma indubitada que la empresa en cuestión ostenta una posición de dominio en un mercado definido como relevante, puesto que si no hay posición de dominio no cabe la posibilidad de abuso

Para determinar si goza de dicha posición de dominio habrá que valorar cuál es su poder en el mercado e independencia de comportamiento en función de varios factores, entre los que destacan la cuota de mercado que puede ostentar la empresa en el mercado definido, la existencia o no de barreras de entrada significativas y el poder compensatorio de la demanda.

Con carácter general podemos decir que la cuota de mercado de una empresa, es el porcentaje del total de ventas en un mercado que realiza una empresa en particular y que constituye el factor más relevante, pero no el único, a la hora de analizar si tiene poder de mercado.

La definición del mercado relevante analizada en el apartado anterior permite precisar los proveedores y clientes que actúan en un mercado y, de este modo, se puede calcular el tamaño total del mismo, para después determinar el porcentaje que representa un operador en particular.

Aunque no existe una cuota de mercado concreta que permita concluir automáticamente que una empresa dispone de poder de mercado, el análisis de la jurisprudencia comunitaria permite establecer ciertas generalizaciones: a) cuotas de mercado muy elevadas (más del 75% del mercado relevante) llevan a la conclusión de que existe poder de mercado sin necesidad de mayores indagaciones; b) cuotas de mercado elevadas (más del 50%) se considera que a priori demuestran la existencia de poder de mercado, siempre que no haya pruebas en otro sentido; y c) cuotas de mercado medianas (menos del 40%) suelen dar a entender que no existe poder de mercado, salvo que el resto del mercado esté muy fragmentado. Así, por ejemplo, en la sentencia de 13 de febrero de 1979 en el asunto Hoffman-La Roche, el TJCE estimó que una cuota del 47% era suficiente para concluir que existía poder de mercado a tenor de la reducida cuota de las empresas rivales.

Con respecto al caso enjuiciado hay que señalar que, en primer lugar, es claro que la cuota de mercado de que dispone la empresa SERFUTOSA que gestiona el tanatorio de Zaragoza ascendería al 100% hasta el mes de junio de 2013 (fecha de comienzo de actividad de uno de los dos tanatorios privados existentes en la ciudad), al tratarse de la empresa que ha explotado mediante concesión, la única instalación de tanatorio existente en Zaragoza.

En segundo lugar, no obstante, aun siendo muy importante el dato de la cuota de mercado como indicador de posición dominante debe tenerse en cuenta la posible presión competitiva ejercida por potenciales rivales sobre las decisiones que pueda adoptar una empresa, y en este sentido, resulta necesario realizar un análisis de la existencia de barreras de entrada significativas a la incorporación de nuevos competidores al mercado, ya que como habría reconocido la autoridad nacional de la competencia, en un contexto con escasas barreras de entrada difícilmente puede existir una posición de dominio (Resolución CNC de 15 de febrero de 2000, Intermediarios Promoción Inmobiliaria 2, Expte. r 390/99).

En el presente expediente, se aprecia la existencia de múltiples restricciones o barreras de entrada que, en general, están presentes en el mercado de servicios funerarios, dificultando el acceso a este mercado de servicios y reduciendo la competencia.

Las barreras de acceso que este Tribunal considera que existen en el mercado relevante objeto de análisis son de dos tipos: normativas, y económico-técnicas.

Por un lado, la intervención regulatoria pública, tanto de las administraciones central y autonómica como de la administración local, constituye una de las más importantes barreras a la entrada, y así el papel regulador de las corporaciones locales en materia de ordenamiento urbanístico puede resultar determinante en lo que respecta a la

localización de las distintas actividades y, particularmente, en lo que a la construcción de tanatorios se refiere, reforzando con ello el poder de mercado de las empresas que ya disponen de instalaciones propias de tanatorios.

En este expediente se ha constatado la existencia de barreras legales que frenan o dificultan la entrada de nuevos competidores y que, consecuentemente, ayudan a consolidar la posición del operador dominante. Como ya se ha expuesto en esta resolución y compartiendo lo expresado en la mencionada STSJ Extremadura, estas barreras legales, al menos temporalmente, han posibilitado una contundente posición de dominio. Dichas barreras estarían constituidas por la obtención de las correspondientes autorizaciones y licencias –autonómicas y municipales – exigidas para poder iniciar la actividad de tanatorio.

Por otro lado, en el mercado de servicios de tanatorio también existen barreras de entrada de carácter técnico y económico dada la complejidad que supone la construcción, dotación, equipamiento y explotación de un tanatorio así como por el elevado volumen de inversión necesario, en gran parte consecuencia de la limitación urbanística, requisitos generales y particulares aplicables a los tanatorios, de manera que para iniciar la actividad, es necesaria una inversión en capital fijo que va a condicionar la rentabilidad de la inversión y los plazos de recuperación de la misma, actuando como una barrera a la entrada en el sector ya que se precisaría un tamaño mínimo para poder rentabilizar dicha inversión

En el presente expediente son relevantes las que podríamos denominar barreras técnicas o económicas fundadas en las condiciones de costos, ya que, en contra de lo indicado por la empresa sobre la baja inversión que necesitan este tipo de instalaciones, no son inversiones fáciles de asumir por pequeñas empresas o una empresa que comienza su andadura comercial en el sector. Un ejemplo de ello es el tanatorio Centro ubicado en Camino Las Torres de Zaragoza, que supuso una inversión de un millón de euros para la rehabilitación y adaptación del edificio en el que ejerce su actividad.

Por otra parte, también hay que considerar el poder compensador de la demanda para establecer la posición de dominio, y debemos evaluar la capacidad de los clientes en el mercado relevante para disciplinar las decisiones adoptadas por la SERFUTOSA en relación con la prestación de sus servicios de tanatorio. Así, si el cliente puede cambiar de proveedor, reducir de forma significativa el consumo y/o incluso dejar de comprar el bien o servicio en determinadas circunstancias, se puede considerar que la demanda tiene capacidad de influir en las decisiones del operador.

En el presente caso, en el que SERFUTOSA ha ostentado una posición de monopolio en el mercado hasta el mes de junio de 2013 por al ser el único tanatorio existente en la ciudad y en atención a las características especiales de este mercado cuya demanda, forzosa y de primera necesidad, se produce en un contexto particularmente emotivo y difícil, y, frecuentemente, en circunstancias imprevistas, en las que es necesaria una respuesta inmediata, no cabe apreciar dicho poder compensador. Así se reconoció con claridad, entre otras, en la Resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia (FUNERÀRIA FONTAL).

A todo ello habría que añadir otro factor relevante como es la posición consolidada de la que disfruta la empresa gestora del tanatorio de Torrero, presente en el mercado desde 1983, que puede calificarse como una barrera a la entrada y un reforzamiento de su posición privilegiada. Factores como la experiencia, la reputación, la fidelidad de los consumidores a una instalación concreta, las relaciones entre proveedores y clientes, la importancia de la promoción y publicidad, la facilidad de prestación de servicios conexos (cementerio) son elementos fundamentales y consustanciales en la decisión de la contratación, en la que el precio pasa a un segundo plano.

Por todo ello, hay que concluir que SERFUTOSA ha gozado de una posición de dominio en el mercado relevante hasta el mes de junio de 2013.

A continuación vamos a centrarnos en las alegaciones de la empresa para oponerse a la acreditada posición de dominio.

Así, en primer lugar alega una incorrecta definición del mercado geográfico por parte del SDCA que lo califica de local e integrado por el municipio de Zaragoza, por entender la empresa que esta delimitación debe realizarse de forma casuística analizando las condiciones de competencia existentes en un lugar determinado y ha de ser definido como un mercado geográfico más amplio comprensivo de Zaragoza y su área metropolitana, lo cual determinaría que la posición de SERFUTOSA en el mercado de servicios de tanatorio es incorrectamente valorada ya que entonces el tanatorio de Torrero enfrentaría presión competitiva tanto de los tanatorios sitos en el término municipal de Zaragoza como de aquéllos situados en los municipios citados a lo largo de los cuales se entiende la ciudad y la población que en ella habita y ello determinaría afirmar la inexistencia de posición de dominio. Sobre esta cuestión se han realizado los pronunciamientos oportunos en el apartado anterior

En segundo lugar y con carácter subsidiario la mercantil SERFUTOSA alega que el PCH y la Propuesta de Resolución yerran en el examen de los parámetros que deben ser tenidos en cuenta para delimitar la posición de dominio de la mercantil al confiar casi exclusivamente en la cuota de mercado de SERFUTOSA y considerar de forma superficial factores como las barreras de entrada y el poder compensador de la demanda.

En cuanto a la cuota de mercado, conforme se concluyó anteriormente es claro que la cuota de mercado de que dispone la empresa SERFUTOSA que gestiona el tanatorio de Zaragoza es elevadísima y ascendería al 100% hasta el mes de junio de 2013 (fecha de comienzo de actividad de uno de los dos tanatorios privados existentes en la ciudad), al tratarse de la empresa que ha explotado mediante concesión, la única instalación de tanatorio existente en Zaragoza.

Así, los datos obrantes en el expediente relativos a los servicios de tanatorio (salas de velatorio) prestados por todas las instalaciones (se ha analizado desde enero de 2010 a abril de 2015), permiten concluir, conforme se indica en el informe económico del SDCA y en el PCH y PR, que la cuota de mercado de SERFUTOSA *“Ha permanecido en el 100% para los años 2010, 2011, 2012, y los meses de enero a mayo de 2013 por no existir otras instalaciones de tanatorio en el ámbito temporal y geográfico considerados.*

Se ha mantenido en la horquilla [80%-89%] desde julio de 2013 hasta abril de 2015, último mes del que este Servicio dispone de información. Del análisis y evolución de las cuotas de mercado se colige con la debida claridad que la mercantil denunciada ostentaba el monopolio en el mercado de referencia durante los años 2010-2012 y los primeros cinco meses de 2013 y una cuota de mercado muy destacada (>80%) a partir de entonces” (folio 1915).

En cuanto a las barreras de entrada legales, la mercantil alega que no existen barreras legales tras la liberalización del sector.

Sobre esta cuestión hay que indicar, en primer lugar, que sorprende que la mercantil SERFUTOSA afirme que no existen barreras legales tras la liberalización del sector y que, sin embargo, se ampare en una norma reglamentaria (Ordenanza municipal) para justificar la denegación de acceso al tanatorio a terceros operadores y además, no aplique las normas que han incidido claramente en la liberalización que la mercantil manifiesta conocer.

En segundo lugar, siguiendo la argumentación de la STSJ Extremadura, se puede afirmar que en el presente caso *“existen barreras legales que, al menos temporalmente, han posibilitado una contundente posición de dominio. Nos referimos al régimen de autorizaciones legalmente vigentes para el establecimiento de este tipo de servicios (...)”*, que estarían constituidas por la autorización de los Proyectos de construcción de Tanatorios y Velatorios, la licencia ambiental de actividades clasificadas para tanatorio, informe y cumplimiento de prescripciones impuestas por el INAGA, cumplimiento del régimen de comunicación y/o autorización de puesta en servicio ante el Servicio Provincial de Industria de Zaragoza, comunicación al Registro Industrial de Aragón, licencias municipales de instalación e inicio de actividad, así como las autorizaciones urbanísticas necesarias en atención a la clasificación de suelo. Así, el Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza de 2008, prevé la implantación de este tipo de actividades en suelo no urbanizable, mediante el procedimiento de autorización especial establecido en el artículo 25 de la entonces vigente Ley 5/1999, Urbanística de Aragón. (artículo 6.1.12 de las Normas Urbanísticas).

Además, esta existencia de barreras legales y administrativas se aprecia con claridad en la documentación aportada por el Ayuntamiento en relación con las licencias para la actividad de los dos tanatorios privados existentes en la ciudad (folios 905 a 920).

En cuanto a las barreras de entrada de carácter técnico económico la mercantil alega que no existen barreras de carácter técnico (los servicios de tanatorio se caracterizan por requerir una inversión muy baja de entrada) y que la empresa asume todos los costes de la explotación y conservación del Complejo funerario municipal de Torrero además de estar obligada a acometer una ampliación sustancial para la que tuvo que realizar una inversión muy superior a la que podría implicar la creación de un nuevo tanatorio.

Respecto a esta cuestión señalar que sí existen las que podríamos denominar barreras técnicas fundadas en las condiciones de costos, ya que, en contra de lo indicado por la empresa sobre la baja inversión que necesitan este tipo de instalaciones, no parece

que sean inversiones fáciles de asumir por pequeñas empresas o una empresa que comienza su andadura comercial en el sector, al menos si se trata de activos con una capacidad de instalación similar. En este sentido y a modo de ejemplo, se puede indicar que el tanatorio Centro ubicado en Camino Las Torres de Zaragoza supuso una inversión de un millón de euros como indica FUNESPAÑA en su página web (para la rehabilitación y adaptación del edificio de la antigua Conserjería de Familia y Asuntos Sociales. También noticias publicadas en prensa revelan el coste considerable de la construcción de un nuevo tanatorio: *“Durante el primer trimestre del año próximo, el grupo cerrará un período de nuevas construcciones con la inauguración del tanatorio de Conil en Cádiz, en el que han invertido dos millones de euros, y el de Villamartín también en Cádiz, con un coste de 1,8 millones de euros. Este año han abierto además el de Almuñécar en Granada, con una inversión de 3 millones de euros y recientemente el de Aldaia, en Valencia, de dos millones de euros.”*.

Con independencia de lo expuesto y sin cuestionar la importante inversión que haya podido suponer la ampliación del complejo de Torrero para SERFUTOSA, hay que recordar a la empresa que dicha ampliación es una de las condiciones obligacionales de la concesión administrativa otorgada (regulada en el Capítulo III) y por otra parte, que las inversiones realizadas en el complejo se incorporan al proceso de producción de la empresa, lo que implica que el valor residual de las inversiones será, lógicamente, muy inferior al coste que hayan tenido. Además, como ya se indicó, la condición de adjudicataria de la concesión permite a la empresa utilizar las instalaciones municipales sin necesidad de asumir los costes vinculados a la titularidad del propio tanatorio, mientras que los potenciales competidores tendrían que construir su propio tanatorio (y comprar o alquilar el suelo, en su caso) para poder tener acceso al mercado por sus propios medios.

En cuanto a que el coste de sus inversiones sean muy superiores a las vinculadas a la creación de un tanatorio y sin perjuicio de indicar que no se aportan datos sobre la cantidad invertida por la empresa, es evidente que no se pueden comparar estas inversiones con las de tanatorios más pequeños y con diferente capacidad de servicio (el tanatorio de Torrero además de cuatro hornos crematorios y otras instalaciones, dispone de 21 salas de velatorio, mientras que los otros dos tanatorios existentes en Zaragoza tienen 9 (SERVISA) y 7 salas (FUNESPAÑA). La comparaciones deberían efectuarse con instalaciones de capacidad similar o bien atendiendo a los costes de inversión necesarios por unidad de producción.

En todo caso, el coste asumido por la empresa SERFUTOSA no desvirtúa el hecho de que la construcción de un tanatorio exige una importante inversión y que ello puede considerarse una barrera, tal como se ha afirmado con anterioridad. En contra de lo indicado por la empresa en su escrito de alegaciones, la importancia del coste implica que sean grandes grupos empresariales los que asuman estas inversiones. Por otra parte, la apertura de dos nuevos tanatorios no prueba en absoluto que no existan barreras a la entrada, máxime si tenemos en cuenta que han tenido que transcurrir más de 17 años desde el inicio de la reforma del sector en 1996 y que sean grandes grupos del sector los que hayan construido tales instalaciones en Zaragoza (SERVISA y FUNESPAÑA).

En cuanto a la afirmación de que la empresa asume todos los costes de explotación se debe señalar que es inexacta. Dado que la gestión de las instalaciones se realiza en régimen de concesión, la empresa no soporta un coste muy importante como es la amortización de los activos concesionados. Cabe añadir que tampoco asume el coste de oportunidad de los fondos necesarios para adquirir el terreno, esto es, el coste que habría tenido que soportar la empresa en caso de tener que comprar los terrenos en los que se levantan las instalaciones.

De acuerdo con lo expuesto y reiterando la conclusión anteriormente establecida debe indicarse que la elevada cuota de mercado, su estabilidad en el tiempo y la existencia de barreras de entrada de tipo administrativo y de costos en el mercado de servicios de tanatorio en el municipio de Zaragoza, permiten deducir la existencia de una clara posición de dominio (más concretamente, de monopolio) en el mismo por parte de SERFUTOSA hasta el 17 de junio de 2013, fecha en que comenzó a prestar servicios de tanatorio en Zaragoza la mercantil SERVISA.

2. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Una vez se ha acreditado que SERFUTOSA tiene una posición de dominio en el mercado relevante, hay que dilucidar si su actuación puede ser considerada como abusiva y por lo tanto, prohibida por el artículo 2 LDC.

A tal respecto, hay que resaltar, como bien indica el informe económico del SDCA y recoge la PR, que en la prohibición del artículo 2 se incluye:

- a. los abusos que perjudican los intereses concurrenciales de los competidores que lo son en “primera línea de competencia” de la propia empresa dominante, restringiendo sin justificación la competencia residual o potencial del mercado mismo sobre el que se proyecta la posición de dominio (es, pues, un abuso anticompetitivo, y, dentro de estos, de primer grado)
- b. los abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivos mercados -segunda línea de competencia- (es, también, un abuso anticompetitivo, que cabe denominar, como hace la doctrina, de segundo grado)
- c. los abusos que lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores y consumidores (son los denominados abusos explotativos).

En este sentido, la Comunicación 2009/C 45/02 sobre las prioridades en el control de la Comisión Europea en sus aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente de las empresas dominantes, indica que la denegación de acceso o suministro realizada por una empresa en posición dominante constituye un abuso cuando es susceptible de eliminar la competencia en el mercado y no está justificada en términos de eficiencia.

A continuación vamos a analizar la conducta seguida por la empresa, y así en el presente expediente ha quedado suficientemente acreditado que la mercantil SERFUTOSA, gestora del tanatorio municipal del Tanatorio de Torrero de Zaragoza ha denegado el acceso al mismo a la empresa funeraria denunciante LA HISPANIDAD y empresas que no estaban autorizadas y radicadas en la ciudad de Zaragoza.

De una parte, según ella misma reconoce, *“SERFUTOSA hace reserva de estas instalaciones, con permiso del Ayuntamiento de Zaragoza, a las empresas funerarias que estén autorizadas por el citado Ayuntamiento, a ejercer la actividad en el Ciudad. A día de hoy estas empresas son 10 y servicios funerarios LA HISPANIDAD S.L.. no está en este listado”* (folio 763 y 2084).

De otra parte, en un documento remitido por la empresa funeraria denunciante (folio 368) correspondiente al procedimiento ordinario 175/2013, consta expresamente la manifestación de la mercantil SERFUTOSA en los siguientes términos: *“(…) b) SERFUTOSA ha denegado las diversas solicitudes recibidas de Servicios Funerarios La Hispanidad, S.L. para contratar incineraciones y acceder al cementerio municipal de Torrero, por no contar con licencia de actividad en Zaragoza. c) SERFUTOSA no atiende las solicitudes de contratación de salas velatorio, incineraciones y acceso al cementerio de empresas mercantiles y empresarios individuales que carezcan de licencia de actividad en Zaragoza. De cualquier modo, tanto la compareciente como el resto de entidades y negocios afectados, vienen burlando esta prohibición subcontratando dichos servicios con empresas afincadas legalmente en Zaragoza. Este comportamiento viene arrastrándose desde hace años, mucho antes de la trasposición de la Directiva Bolkenstein o de la promulgación de las leyes 17/09 y 25/09.”*

Y finalmente, al margen del reconocimiento expreso por la empresa gestora del tanatorio, la prohibición de acceso por parte de la mercantil, dicha conducta se deduce de la abundante documentación presentada por la empresa funeraria denunciante en fase de información reservada, en la que se pone de manifiesto que se han presentado varias solicitudes de alquiler de salas de velatorio (también de cremación) al Tanatorio de Torrero por parte de la empresa “Servicios Funerarios La Hispanidad S.L.”, así como por otras empresas funerarias no autorizadas en Zaragoza, que no han sido atendidas por la empresa gestora del Tanatorio, tal como se desprende de las declaraciones juradas de clientes aportadas al expediente (folios 305 a 315). En este sentido, SERFUTOSA ha remitido a este SDCA seis solicitudes de acceso al tanatorio dirigidas a la mercantil por empresas funerarias no autorizadas en Zaragoza (entre ellas, la denunciante) durante los años 2012 y 2013 (folios 756 a 761).

En definitiva, resulta acreditado y no es discutible que SERFUTOSA ha denegado el acceso al tanatorio no solo a la empresa denunciante sino a otras empresas dedicadas a la prestación de servicios funerarios, basándose en que carecían de autorización municipal para ello en dicho municipio y que dicha conducta se ha realizado en un sector que se encuentra liberalizado y en el que no existía alternativa de tanatorio en el municipio de Zaragoza por ser el único existente en la ciudad.

Hasta aquí la conducta seguida por la empresa, ahora nos centraremos en las alegaciones de la empresa que se resumen las siguientes: que su conducta carece de los

elementos esenciales para ser constitutiva de abuso ya que se han ignorado los criterios establecidos en la jurisprudencia y en la práctica decisoria para considerar una negativa de acceso como abusiva por cuanto el tanatorio de Torrero no puede considerarse una infraestructura esencial y que ningún prestador de servicios funerarios se ha visto expulsado del mercado como resultado de no acceder a las infraestructuras del tanatorio, añadiendo que la situación del mercado existente desde el 17 de junio de 2013 (apertura de dos nuevos tanatorios) impide afirmar la existencia de una negativa abusiva.

Así, respecto de las alegaciones referidas al carácter de “esencial” de estas instalaciones hay que indicar que éste se plasma en numerosas Sentencias de la Audiencia Nacional, como la SAN de 05/03/2009, rec 8/2008, que niega la consideración de instalación esencial cuando existen varios tanatorios y unos y otros compiten entre sí, con lo que a “sensu contrario” el Tanatorio de Torrero, que ha ostentado una posición de monopolio hasta el mes de junio de 2013 al ser el único tanatorio existente en el municipio de Zaragoza (mercado de referencia), tiene carácter esencial. Y en el mismo sentido se puede citar la SAN de 09/07/2009, rec 510/2007 que considera que la instalación sería esencial si se prueba, como es el caso, que no había alternativas reales o potenciales de velar en otro tanatorio, o la SAN de 28/01/2009, rec. 69/2008, así como la ya mencionada STJ de Extremadura.

Y además este carácter esencial ha sido conformado por la Comisión Nacional de la Competencia, en varias resoluciones. Así en relación con el expediente 616/06 – Tanatorios Castellón, FD 7º, *“ha considerado que cuando los tanatorios son gestionados por una empresa en régimen de monopolio y las funerarias carentes de estos servicios (de tanatorio) lo demandan, (los tanatorios) pueden ser instalaciones esenciales (...) para el caso de prestación de servicios de tanatorio a funerarias con cadáveres en tránsito*). La consideración de un producto o servicio como “esencial”, como sucede con los tanatorios, *“supone que la empresas titular/concesionaria del mismo tiene la obligación legal de permitir el acceso a otras empresas, en este caso, otros prestadores de servicios de tanatorio, en condiciones no discriminatorias.”* (Resolución Tribunal Gallego /Tanatorio Valga)

Y también se indica en la Resolución del Consejo de la CNC 04/10/2013 (SAMAD/12/10 TANATORIOS COSLADA, cuando se indica que *“ la utilización de los tanatorios, como instalación esencial, se encuentra íntimamente ligada al mercado de servicios funerarios, por lo que la denegación del servicio de tanatorio puede eliminar la competencia en este mercado, sin que exista justificación objetiva para ello y siendo el uso de tanatorio indispensable para el ejercicio de dicha actividad al no haber ninguna alternativa real ni potencial.”*

Dicha doctrina es perfectamente aplicable al presente caso en el que SERFUTOSA, empresa gestora del tanatorio de Torrero, deniega el acceso al tanatorio/salas de velatorio a empresas funerarias no radicadas y autorizadas en Zaragoza.

Como ya se dijo en el pliego de concreción de hechos , esta circunstancia de “negativa de suministro” por parte de SERFUTOSA implica, de forma directa *“una discriminación de segundo grado, al afectar a los intereses concurrenciales de los clientes*

y proveedores que contratan, aguas abajo, con la empresa dominante (SERFUTOSA)”, sin perjuicio de su valoración como una discriminación de primer grado, en atención al accionariado de la empresa gestora del tanatorio -conformado por empresas de servicios funerarios que compiten en el mercado-, “al restringir sin justificación la competencia residual o potencial del mercado mismo sobre el que se proyecta la posición de dominio”.

Respecto de las alegaciones de la empresa de que su conducta carece de los elementos esenciales para ser constitutiva de abuso ya que se han ignorado los criterios establecidos en la jurisprudencia, hay que partir de los señalado por la jurisprudencia del TJUE al disponer que el control de las prácticas efectuadas por operadores dominantes será prioritario cuando concurren las prácticas acumulativas siguientes: a) que exista una necesidad objetiva de acceso al bien o servicio demandado por una empresa rival del operador dominante; b) que sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado de servicios interrelacionado y c) que sea probable que la denegación perjudique al consumidor.

Y así, partiendo de estas premisas y en contra de lo alegado por la empresa, se considera que en el presente caso concurren todos los requisitos exigidos por la doctrina y jurisprudencia para apreciar la existencia de una conducta abusiva.

En primer lugar, porque el acceso al tanatorio de Torrero es objetivamente necesario a fin de que los operadores puedan competir de manera eficaz en el mercado más amplio de servicios funerarios, al no haber ningún sustituto real o potencial (hasta la puesta en funcionamiento de los dos tanatorios privados en junio 2013) en el que los competidores en el mercado definido puedan basarse con el fin de contrarrestar las consecuencias negativas de la denegación.

En segundo lugar, porque la denegación de acceso es probable que dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado de servicios funerarios, bien inmediatamente o bien a largo plazo, entendiéndose esta afectación en los términos señalados por la Jurisprudencia comunitaria que ha afirmado que *“lo relevante, en efecto, para acreditar una infracción del artículo 82 CE es que la negativa controvertida comporte el riesgo o pueda surtir el efecto de eliminar toda competencia efectiva en el mercado”*.

En este sentido hay que indicar que si bien la empresa afirma que ningún prestador de servicios funerarios se ha visto expulsado del mercado como resultado de no acceder a las infraestructuras del tanatorio, lo cierto es que en el expediente ha quedado suficientemente acreditado que empresas funerarias como la denunciante han subcontratado los servicios del tanatorio de Torrero con otras empresas con licencia en Zaragoza a pesar del sobrecoste añadido y con independencia de la existencia de otros tanatorios privados, con la finalidad de dar satisfacción a sus clientes (folios 446 a 678), situación que no puede sino calificarse de una expulsión y limitación del mercado.

A mayor abundamiento es evidente que con la negativa de acceso se benefició a empresas funerarias instaladas en Zaragoza, al ser las únicas que pueden acceder al Tanatorio de Zaragoza, entre ellas figurarían actuales empresas accionistas de SERFUTOSA.

Finalmente, porque esta negativa de acceso comporta un perjuicio para los usuarios del servicio funerario. Como indica la Resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia (Funeraria Frontal) *“Es evidente que si se limita la competencia en el mercado de los servicios funerarios o, incluso, esta acaba desapareciendo, los consumidores se ven perjudicados en la medida en que ven disminuida de manera considerable su capacidad de elección del operador con quién contratar los servicios y no gozar de los beneficios derivados de la rivalidad competitiva.”*

La conducta abusiva descrita en esta resolución, ha tenido como efecto principal un debilitamiento de los competidores en el mercado verticalmente relacionado de los servicios funerarios donde ha restringido apreciablemente la competencia, al no permitir el acceso al tanatorio a prestadores de servicios funerarios con autorización concedida en otro municipio lo que ha producido un perjuicio para los usuarios del servicio funerario.

Hay que tener en cuenta que, como consecuencia de la realización la práctica descrita, y considerando el elevado poder de mercado derivado de la situación de dominio que ostenta la empresa infractora y del cierre de dicho mercado a terceros operadores económicos no autorizados y radicados en Zaragoza, cualquier práctica de obstaculización al suministro de servicios, y en este caso, la denegación de acceso a las salas de velatorio a ciertas empresas funerarias, resulta especialmente pernicioso para la competencia, impidiéndose, *de facto*, el desarrollo de la actividad económica en el mercado por los operadores funerarios afectados por la misma. y ello es así, porque el uso de la sala velatorio es un insumo necesario para que las empresas funerarias puedan prestar sus respectivos servicios, por lo que ello supone una evidente limitación a la capacidad de expansión de los terceros competidores.

La conducta descrita ha supuesto para las empresas del sector que no contaban con dicha autorización una desventaja competitiva al tener que subcontratar con una sí autorizada, ya sea por asumir íntegramente todo el sobrecoste de subcontratar y no repercutirlo en las tarifas de sus servicios a sus clientes, o por trasladar total o parcialmente dicho sobrecoste a los consumidores y ver reducida la demanda de sus servicios en consecuencia.

Así. las empresas funerarias que no han podido acceder al Tanatorio de Torrero se han visto obligadas a subcontratar dichos servicios con empresas instaladas en Zaragoza para atender los requerimientos de sus clientes, con un incremento de los costes del servicio como ha quedado acreditado en este expediente, ya que consta que las empresas han cobrado un precio superior a las tarifas municipales por el alquiler de las salas de velatorio (folio 371 y 630 a 678) y que la empresa denunciante ha subcontratado 133 servicios durante los años 2010 a 2013, según se desprende de las facturas obrantes en el expediente.

Además se ha producido una reducción de la oferta de servicios funerarios prestados en el municipio de Zaragoza, dado que sólo las empresas con licencia en dicho municipio podrían prestar el servicio “completo” por poder acceder al tanatorio, con las consiguientes implicaciones sobre el bienestar, derivadas de un menor conjunto de

elección para los consumidores y unos precios potencialmente mayores derivados de a menor competencia entre los oferentes existentes.

Igualmente, la práctica abusiva detectada en el mercado de servicios de tanatorio, donde la empresa denunciada tiene posición de dominio, determina que los consumidores no tengan acceso a una oferta variada para la prestación de los servicios funerarios, así como la posible imposición de precios superiores, derivados de la subcontratación de servicios con empresas de Zaragoza. En conjunto, se puede afirmar, que la restricción de la competencia en el mercado habría privado a los usuarios de apropiarse de los beneficios de ésta en términos de precios inferiores y calidad superior.

Finalmente señalar que también resulta acreditado que dicha denegación de acceso al Tanatorio de Torrero carece de justificación y es, por lo tanto, abusiva y contraria a derecho, ya que no concurre ningún elemento que justifique la denegación de acceso, como podría ser la falta de capacidad de la infraestructura para atender las demandas de servicio de operadores o mejoras en términos de eficiencia para el mercado y los consumidores que sólo se pudieran conseguir impidiendo el acceso al tanatorio a otros operadores del sector funerario.

Ninguna de las alegaciones o justificaciones de la conducta sancionada se refieren a estas cuestiones, sino que se centran en que la empresa está sujeta a las condiciones del pliego de condiciones aprobado por el Ayuntamiento en diciembre de 1989 y a la ordenanza municipal que especifica que solo aquellas empresas autorizadas por el Ayuntamiento de Zaragoza podrán prestar servicios funerarios en la ciudad, siendo el Ayuntamiento quien se encarga de aplicar la norma influyendo de forma decisiva en la ejecución de la concesión comunicándolo a SERFUTOSA quien cumple con los requisitos establecidos, tal como consta en la instrucción municipal de 15 de noviembre de 2005 que obra en el expediente, indicando también que SERFUTOSA en ningún momento interpreta la normativa ni realiza juicio más allá de la verificación de si el solicitante de la sala de velatorio se encuentra entre los operadores que le han comunicado que están legalmente autorizados, siendo una causa de resolución de la concesión el no seguimiento de sus instrucciones, finalizando su argumentación señalando que la empresa SEFUTOSA no ha recibido ningún beneficio derivado de la conducta que se le imputa puesto que el precio es fijado por el Ayuntamiento y la empresa no está presente en el mercado de prestación de servicios funerarios en el municipio de Zaragoza, ni tampoco sus accionistas

Con respecto a estas alegaciones hay que señalar que en primer lugar la empresa no puede ampararse la empresa en el cumplimiento del Pliego de condiciones de la concesión.

De una parte porque la empresa estaba obligada, como no puede ser de otra forma, a "*Observar en la prestación del servicio la Normativa Jurídica vigente en cada momento*" (condición sexta del Pliego) y en consecuencia, la normativa reguladora del sector ya expresada que liberalizó prestación de los servicios funerarios, además de otras normas como la Ley de Defensa de la Competencia y la más reciente Ley de Garantía de Unidad de Mercado,

De otra parte porque no puede ignorarse que la fuerza jurídica de los pliegos de condiciones de un contrato debe entenderse, como ha señalado el Alto Tribunal “*en el sentido de que se trata de un poder normativo inter partes, dentro de un plano subordinado a las normas y principios superiores del ordenamiento jurídico*” (STS de 25 de julio de 1989, de 21 de diciembre de 1988 y de 7 de junio y 26 de septiembre de 1989, entre otras). En la Sentencia de 16 de mayo de 1989 precisa: “*Es doctrina jurisprudencial reiterada la que sostiene que las cláusulas de los pliegos de condiciones y los pactos establecidos entre los contratantes son la ley del contrato de inexcusable cumplimiento, siempre, claro está, que con ello no se vulneren preceptos de Derecho necesario, supra ordenados a las partes*”.

En segundo lugar tampoco puede ampararse la empresa en el cumplimiento de una Ordenanza municipal.

De una parte por cuanto la Ordenanza Reguladora de Empresas Funerarias de Zaragoza de 1983 (a la que se refiere el pliego, al igual que a la normativa vigente en cada momento) invocada por la mercantil denunciada, es una norma de carácter reglamentario que no puede oponerse a lo dispuesto en una norma de rango legal de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, y es evidente que dicha norma ha sido parcialmente derogada por la legislación posteriormente aprobada

De otra parte no hay que olvidar que nos hallamos con un marco legal liberalizador del sector que no puede desconocerse ni tampoco inaplicarse por una empresa que gestiona servicios funerarios tan relevantes como los vinculados a la actividad de tanatorio. En consecuencia no cabe una interpretación del contrato de concesión y de la Ordenanza Reguladora de Empresas Funerarias de Zaragoza de 1983 que sea incompatible con la liberalización de los servicios funerarios operada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre de reformas para el impulso de la productividad, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y por supuesto, contraria a la Ley de Defensa de la Competencia.

Finalmente este carácter reglamentario de la norma impide la aplicación de la exención prevista en el artículo 4 de la LDC, precepto que ampara la inaplicación de las prohibiciones previstas en la LDC a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. En este sentido, el TS ha afirmado “*la no exceptuación de las prácticas de abuso de la posición de dominio, aún cuando traigan causa de la actuación de los poderes públicos, que no sean mera consecuencia de la previa decisión del legislador*”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la LDC (STS de 10 de junio de 2014).

Lo antedicho no impide reconocer que el Ayuntamiento de Zaragoza, en el ejercicio de su potestad reguladora reglamentaria, debió haber modificado la Ordenanza municipal para adaptarla a la legislación vigente para permitir a las empresas funerarias no autorizadas en Zaragoza, el acceso al tanatorio de Torrero como permite en la actualidad, mediante la acreditación de su identidad y licencia o título habilitante en otro municipio (folio 1444).

Y finalmente, tampoco puede aceptarse como causa justificativa de la denegación de acceso, el ejercicio del poder directivo del Ayuntamiento en el marco de una concesión administrativa.

De una parte por cuanto las instrucciones referidas al derecho de admisión que menciona la empresa denunciada se limitan a una sola carta de la Concejal Delegada de Cementerios del Ayuntamiento de Zaragoza recibida, según se indica, en el mes de noviembre de 2005, en la que se informaba sobre la vigencia de la ordenanza tras la liberalización del sector por la modificación del artículo 22 de Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, indicando que *“la citada norma no impide que el Ayuntamiento de Zaragoza pueda reglamentar tal y como efectuó en su día el ejercicio y actuación de las empresas funerarias que realicen su actividad en la ciudad de Zaragoza, sometiéndolas a autorización, tal y como prevé la Ordenanza reguladora de empresas funerarios de Zaragoza, de 10 de febrero de 1983”*, siendo ésta la única información facilitada por el Ayuntamiento de Zaragoza a SERFUTOSA para la prestación del servicio, conforme se desprende de lo indicado por la citada empresa en el presente expediente y en el procedimiento ordinario 175/2013 (folio 368) anteriormente citado, como por el Ayuntamiento de Zaragoza, que también lo refiere en la documentación remitida a petición del SDCA (folio 1187)

De otra parte por cuanto no consta que haya habido ninguna otra instrucción del Ayuntamiento de Zaragoza dirigida a SERFUTOSA con posterioridad a esta fecha (noviembre 2005) y sobre todo, posterior a la aprobación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que incidió en la liberalización del sector configurando un marco normativo que reconoce, entre otros aspectos relevantes, la validez en todo el territorio nacional de la habilitación para llevar a cabo la prestación de servicios funerarios. Así lo afirma la empresa al indicar que *“SERVICIOS FUNERARIOS TORRERO S.A. no ha recibido instrucciones que modifiquen o alteren las emitidas por el Ayuntamiento en el documento 8 de los aportados”*, esto es, la mencionada carta o escrito fechado en 2005 (folios 715 y 716),

Tampoco consta que la empresa SERFUTOSA se haya dirigido al Ayuntamiento de Zaragoza para solicitar información o instrucciones sobre las solicitudes de acceso al tanatorio formuladas por empresas funerarias no instaladas en Zaragoza, ni sobre la incidencia de la Directiva de Servicios y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, en la ejecución del contrato de concesión, ni que haya recurrido sobre el modo de ejecutar el contrato conforme a las condiciones establecidas en los pliegos. Tampoco consta ninguna otra información o instrucción del Ayuntamiento en la que se prohíba de forma expresa el acceso al tanatorio a aquellas empresas que no estén autorizadas por el Ayuntamiento de Zaragoza.

Finalmente respecto de las alegaciones referidas al poder directivo del Ayuntamiento que invoca SERFUTOSA, hay que señalar que se insertan en el ámbito de una relación contractual (concesión administrativa) en la que el concesionario, que tiene encomendada la gestión y explotación del servicio, lo gestiona a su riesgo y ventura asumiendo, en consecuencia, la responsabilidad de la prestación del servicio y por tanto, de los posibles daños ocasionados a un tercero o a la misma Administración.

Cuestión distinta sería la posible responsabilidad patrimonial que pudiera corresponder a la Administración, ya que tiene atribuido el deber de vigilancia respecto de la concreta forma en que los concesionarios desarrollan los contenidos de la concesión con aquella formalizado, sobre todo cuando afecta a la prestación de un servicio público, pero es esta una cuestión que no corresponde dilucidar a los órganos de defensa de la competencia.

Pero es que además los argumentos esgrimidos por la empresa son desvirtuados por los documentos obrantes en el expediente, dado que revelan que durante los años 2010 a 2015 la empresa ha permitido el acceso al tanatorio a determinadas empresas funerarias que estarían establecidas en Zaragoza pero que no dispondrían de la “requerida autorización” concedida por el Ayuntamiento de Zaragoza para el ejercicio de la actividad de servicios funerarios en el municipio (Hechos Acreditados 9 y 14), lo que permite concluir que, estos casos, la empresa ha actuado en contra o no ha aplicado la invocada Ordenanza municipal, el pliego de condiciones de la concesión y la citada instrucción municipal de 2005., y dentro de estas empresas se encontraban empresas actuales accionistas de SERFUTOSA.

A tal respecto se recuerda que la citada Ordenanza municipal exigía a toda empresa funeraria que desee ejercer la actividad en el término municipal de Zaragoza la obtención de la correspondiente autorización y licencias (instalación y apertura), con cumplimiento de todos los requisitos en ella establecidos (artículo 4, 10 y 11).

En efecto, la empresa, en contra de lo que mantiene a lo largo del expediente, habría permitido el acceso al tanatorio de Torrero a empresas que no estaban autorizadas para prestar servicios funerarios en la ciudad de Zaragoza, como así se concluye de la información facilitada por el Ayuntamiento de Zaragoza a requerimiento del SDCA sobre las empresas autorizadas para prestar servicios funerarios en Zaragoza durante la fase de información reservada, que ha sido ratificada, por remisión, en la información facilitada con fecha 21 de enero de 2016 a requerimiento del instructor (folios 2187 a 2190), que pone de manifiesto que si bien las empresas autorizadas son las siguientes: Pompas Fúnebres Aragón S.L., NAJUCEM S.A, Pompas Fúnebres Aznar S.L., Servicios y Gestión GAZ S.A, Funeraria La Milagrosa S.L., Servicios Funerarios La Paz S.L. y Servicios Funerarios de Zaragoza S.L. (folios 882 a 899), sin embargo, en la relación de empresas que han contratado los servicios de tanatorio durante los años 2010-2015 que fue aportada por SERFUTOSA, tanto en fase de información reservada como de instrucción, se observa que existen empresas no relacionadas por el Ayuntamiento que han accedido al tanatorio (folios 744 y 745; 747 y 748; 750 y 751; 753 y 754; 1566 y 1567; 1569 y 1570), y que serían las siguientes: Inversiones Funerarias Reunidas, SRL; Memora Servicios Funerarios, S.L.U; Pompas Fúnebres San Nicolás SL; Pompas Fúnebres Paraíso S.A.; Monte Cayo, S.A; Albia Gestión de Servicios, S.A, “Servicios Especiales, S.A” y Pompas Fúnebres Zaragoza, S.L, todas ellas se hallan radicadas en Zaragoza y prestan servicios funerarios en la ciudad donde tienen establecimientos, oficinas, agencia o locales, como se puede constatar consultando diversas páginas web sobre las empresas, pero no constan como empresas autorizadas por el Ayuntamiento de Zaragoza. Teniendo en cuenta que, dentro estas empresas, se encuentran tres de las actuales accionistas de SERFUTOSA: Memora Servicios Funerarios SLU, Albia Gestión de Servicios SL y Pompas Fúnebres San Nicolás S.L.

Los datos expuestos invalidan los argumentos esgrimidos por la empresa para justificar su conducta, esto es, que solo las empresas autorizadas por el Ayuntamiento de Zaragoza pueden prestar servicios funerarios en la ciudad y acceder al tanatorio, ya que revelan que la empresa habría permitido el acceso al tanatorio a determinadas empresas funerarias que estarían radicadas en Zaragoza pero que no dispondrían de la autorización concedida por el Ayuntamiento de Zaragoza y que habría actuado, por lo tanto, en contra de la invocada Ordenanza municipal, el pliego de condiciones de la concesión y la citada instrucción municipal de 2005.

3. CONCLUSION

En consecuencia, en virtud de todo lo expuesto, no cabe sino rechazar los argumentos aducidos por la mercantil imputada para justificar su conducta y concluir que SERFUTOSA ha abusado de su posición de dominio al denegar de forma injustificada y por sistema, el alquiler de salas del tanatorio a compañías de servicios funerarios no autorizadas ni instaladas en Zaragoza y ha realizado “una interpretación partidaria e interesada”, discriminatoria, arbitraria y contraria a derecho, tanto de la Ordenanza Municipal como del Pliego de la concesión.

Dicha conducta es especialmente grave dado que sobre las empresas con posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control de la competencia, atendiendo al perjuicio especial que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores en particular (así se recoge en Sentencia del Tribunal Supremo por la cual se resolvía el recurso de casación n.º 4495/1998, de 8 de mayo de 2003 (RJ 2003/4209).

Es por ello que a SERFUTOSA, gestora del único tanatorio (municipal) existente en Zaragoza hasta junio de 2013, se le exige tener una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de competencia y hacer un esfuerzo competitivo, ya que solo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia, tal como ha señalado doctrina consolidada en el derecho de la competencia comunitario (caso 322/81) y español (además de las resoluciones ya mencionadas, Resoluciones de 26 de febrero de 1999, expediente 413/97 y de 8 de marzo de 2000, expediente 456/99, entre otras). Es más, la consideración de un producto o servicio como “esencial”, como los tanatorios, supone que la empresa concesionaria del mismo tiene la obligación legal de permitir el acceso a otras empresas, en este caso, a otros prestadores.

Conforme a lo expresado en esta resolución, queda suficientemente acreditado que SERFUTOSA ha abusado de su posición dominante en el término municipal de Zaragoza al denegar, de forma continuada e injustificada, el acceso al tanatorio municipal de Torrero de Zaragoza y en concreto, el alquiler de salas de velatorio, a compañías de servicios funerarios habilitadas que carecían de autorización y no estaban instaladas en el municipio de Zaragoza, al menos desde el mes de noviembre 2005 (fecha de la carta/instrucción del Ayuntamiento invocada por la mercantil y la aprobación de Ley 24/2005, de 18 de noviembre) hasta el 17 de junio de 2013 (fecha de inicio de actividad del tanatorio SERVISA), periodo en el que la mercantil denunciada ha ostentado el

monopolio en el mercado de referencia por ser la gestora del único tanatorio existente en la ciudad de Zaragoza, sin perjuicio de la elevada cuota en el mercado de referencia que ha mantenido la empresa a partir de dicha fecha.

Por todo lo expuesto, se considera que la conducta identificada es constitutiva de una infracción del artículo 2.2 c) de la LDC que prohíbe la explotación abusiva consistente en *“La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*

SEXTO.- Autores y responsabilidad.

La funeraria LA HISPANIDAD presentó denuncia contra la mercantil SERFUTOSA, empresa gestora del tanatorio municipal de Torrero, contra el Ayuntamiento de Zaragoza y contra la Asociación regional de Funerarias de Aragón (ARFA) por presuntas prácticas restrictivas realizadas de la competencia por los sujetos denunciados, consistentes en obstaculizar el acceso a las instalaciones del tanatorio municipal de Torrero a cualquier empresa del sector que no estuviese establecida y autorizada en Zaragoza.

Una vez iniciada y practicada la fase de información reservada se concluyó que solo había indicios de una infracción de la LDC, en concreto, del artículo 2 (abuso de posición dominante), en la conducta desarrollada por SERFUTOSA, consistente en denegar el acceso al tanatorio (salas de velatorio) aquellas empresas que teniendo autorización para prestar servicios funerarios obtenida en un municipio distinto de Zaragoza, no se hallaban radicadas ni autorizadas por el Ayuntamiento de Zaragoza.

El acuerdo de incoación fue notificado a todos los interesados en el expediente, entre ellos, a la funeraria La Hispanidad, al Ayuntamiento de Zaragoza y a la Asociación AFUES, en su condición de interesados, tal como se indicó en el acuerdo de incoación, no teniendo tal condición la asociación ARFA. La mercantil denunciante no ha formulado ninguna alegación durante la instrucción del expediente hasta la contestación al PCH en la que alega sobre la necesidad de extender la imputación al Ayuntamiento de Zaragoza y a ARFA.

Respecto a la imputación del Ayuntamiento de Zaragoza según se indica por la denunciante, se debería haber imputado al Ayuntamiento de Zaragoza ya que es el órgano concedente de las autorizaciones para contratar con SERFUTOSA y el que ha mantenido la situación de monopolio existente.

A tal respecto, hay que señalar que, en efecto, el Ayuntamiento de Zaragoza es el órgano que ha otorgado la concesión administrativa para la gestión y explotación del tanatorio de Torrero a la mercantil SERFUTOSA y es el órgano regulador de la prestación de los servicios funerarios en la ciudad mediante la vigente Ordenanza municipal de 1983 ya citada, además de ser el competente para otorgar las autorizaciones y licencias correspondientes vinculadas al ejercicio de la actividad de servicios funerarios en la ciudad.

Sobre la posible imputación de una Administración Pública como es el Ayuntamiento de Zaragoza, debe recordarse que el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia ya señaló en numerosas resoluciones, que la LDC es una ley general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados, y que ha de respetarse por todos ellos en sus actuaciones, sin que exista una exoneración genérica de los actos de la Administración Pública respecto de la aplicación de la LDC, pues el Derecho Administrativo no es el único derecho que regula toda la actividad de la Administración Pública.

La aplicación de la LDC se extiende, por lo tanto, no sólo a los empresarios, sino también a todos aquellos agentes económicos, cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien y actúen en el mercado, siendo determinante diferenciar las situaciones en las que una Administración Pública estaría incidiendo con su conducta en la estructura y funcionamiento del mercado, operando en él como un agente económico más, de otros supuestos en los que la autoridad no estaría actuando como operador económico sino como regulador en el ejercicio del *ius imperii* del que es titular. En el primer caso, el comportamiento de la Administración sería plenamente revisable a través de los preceptos establecidos por la LDC y sin embargo, para enjuiciar el segundo de los comportamientos descritos habría que acudir a la jurisdicción competente.

En consecuencia, la única posibilidad de intervención de los órganos de defensa de la competencia contra cualquier Administración Pública (en este caso, contra el Ayuntamiento de Zaragoza) por la realización de una conducta prohibida por la Ley, se produce cuando dicha actuación se realiza no en virtud de sus atribuciones de imperii, sino en su calidad de operador económico que interviene en el mercado y presta sus servicios dentro de un marco de concurrencia con otros agentes.

No es este el caso del Ayuntamiento de Zaragoza, que ha actuado en el ejercicio de potestades administrativas y reglamentarias mediante el otorgamiento de una concesión administrativa a una empresa privada, SERFUTOSA, para la gestión del tanatorio de Torrero, y mediante la aprobación de su ordenanza de empresas funerarias. Esto es, ha actuado en virtud de la potestad de autoorganización de que dispone y como poder regulador, y no en ejercicio de una actividad de empresa (operador económico), por lo que su conducta no es enjuiciable en virtud de la legislación de la competencia y es por ello que no se ha incoado (ni imputado) procedimiento sancionador contra dicha Administración municipal y se le ha otorgado la condición de interesado en el expediente.

Siendo ello así, la declaración de ilicitud -y subsiguiente nulidad- por esta causa, como por cualquier otra reveladora de la disconformidad con el ordenamiento jurídico de los correspondientes actos administrativos o disposiciones generales (ordenanza municipal), está reservada a los tribunales y no a los órganos de defensa de la competencia

En cuanto a la concesión administrativa, hay que recordar que, la concesión de servicios públicos es una forma de gestión indirecta de servicios públicos mediante un contrato administrativo por el que la administración titular del servicio (concesionaria) encomienda, por tiempo determinado, la gestión y explotación de aquél a una persona,

física o jurídica, ajena a su organización (concesionario) que lo gestionará a su riesgo y ventura, a cambio de una remuneración (que puede consistir en un precio pagado por los usuarios, en subvenciones y garantías otorgadas por la administración o en ambas cosas a la vez) y bajo la vigilancia de la administración.

A diferencia de otros sistemas de gestión indirecta (gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta) mediante la concesión la Administración no posee ningún título específico para penetrar en el interior de la empresa concesionaria. La concesión constituye un título administrativo por el que el particular puede actuar por derecho propio, con determinadas condiciones, en áreas de actuación originariamente administrativas. Dicho con otras palabras, dentro del ámbito de actuación sobre el que la administración concedente tiene originariamente reconocido el monopolio “*de iure*”, ésta se limita a crear una legitimación derivada a favor del concesionario para llevar a cabo la prestación del servicio frente a los particulares; una vez que el concesionario cuenta con esa legitimación procede a la creación de la empresa u organización mercantil adecuada para la prestación del servicio público. En consecuencia, la administración concedente no es, ni directa ni indirectamente, el empresario del servicio.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo ha manifestado en Sentencia de 14 de junio de 2013 (RJ\2013\5619) en relación con la actuación del Ayuntamiento de Palma de Mallorca que “ *Para resolver si, por encima o por debajo de las apariencias, una determinada actuación de una Administración pública se inserta en el ámbito de los actos de imperium (esto es, en el marco de sus prerrogativas de poder), resulta sin duda pertinente el hecho de que aquella Administración intervenga también, de modo simultáneo, como operador económico -aunque lo haga bajo una determinada fórmula de personificación instrumental- en el correspondiente mercado liberalizado de servicios, abierto a la concurrencia. El riesgo de colisión de intereses y potenciales restricciones a la competencia es lógicamente mayor en estos casos (el actual es buena muestra de ello), lo que ha determinado que la función regulatoria -incluidas las atribuciones de configuración del mercado y su supervisión- se encomiende a órganos distintos, independientes, de modo que una misma Administración no sea a la vez operadora en y supervisora, o sancionadora del, mismo mercado.*” (Subrayado añadido)

En la referida sentencia, el Alto Tribunal considera que la actuación del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, que otorgó una concesión para la gestión del tanatorio a una empresa (EFMSA, empresa municipal) “*no correspondía a sus prerrogativas de poder público "neutral" sino a la defensa de los intereses de la empresa municipal con la que él mismo operaba en el mercado de servicios funerarios. Lo cual determina, en suma, que su conducta lo fuera a título de agente u operador en el mercado, agente que en este caso se prevalía de su condición privilegiada para limitar la competencia.*”. (Subrayado añadido).

Como bien indica la sentencia “*las Entidades Locales que hayan personificado bajo el régimen de derecho privado sus propias empresas, cuya actividad y comportamiento siguen determinando, no pueden ampararse después en el título de las "potestades administrativas" para intervenir en beneficio de aquéllas e imponer al resto de los operadores condiciones de mercado más restrictivas o limitar su legítima actividad.*”

Pero no es este el caso de Zaragoza, que otorgó la concesión para la explotación del tanatorio de Torrero a una empresa privada mediante la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo y la aprobación de un pliego de cláusulas que rigen la concesión, que entre otros contenidos, fija la obligación de la empresa a satisfacer en concepto de canon, el pago de una cantidad alzada de 1.000.000 de pesetas anuales y *“realizar la limpieza pública y recogida de basuras del cementerio, así como la conservación de jardines, siendo a su cargo todos los gastos que por estos servicios se generen”* (condición vigésimo primera). Es evidente que el Ayuntamiento tiene unas obligaciones como concedente que derivan de la concesión administrativa y que tiene el poder de dirección sobre la empresa concesionaria, pero todas ellas son potestades o facultades administrativas que no implican su participación en el mercado como operador económico.

En definitiva, en el presente expediente, el Ayuntamiento de Zaragoza no interviene en el mercado en concurrencia con otros agentes económicos, no ha creado una empresa municipal (o mixta) para participar en el mercado de los servicios funerarios, ni recibe en concepto de canon un porcentaje del importe de los diversos servicios prestados por el tanatorio (criterio que la Resolución de 25 de noviembre de 2014 del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, Servicios Funerarios del Llobregat, utilizó para atribuir la condición de operador económico al Ayuntamiento). Por todo ello, no hay riesgo de colisión de intereses en los términos expuestos con claridad por el Alto Tribunal, ya que el Ayuntamiento no tiene intereses propios que defender, por lo que podemos decir que, en el presente caso, el Ayuntamiento de Zaragoza actúa en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público "neutral", siendo regulador y no operador.

Ello no impide reconocer, sin embargo, que la ordenanza mencionada introduce significativas restricciones a la competencia no justificadas bajo los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión, en el régimen de intervención administrativa que establece y que el Ayuntamiento de Zaragoza en el ejercicio de sus competencias debe cumplir con la legalidad vigente y en este caso, con el marco legal regulador de los servicios funerarios que ha sido ampliamente expuesto en esta resolución.

Por este motivo, como ya se ha indicado con anterioridad, el Ayuntamiento de Zaragoza debería haber modificado la citada Ordenanza, pues es claro que la misma, en su redacción vigente, resulta contraria a la ley y es restrictiva de la competencia, y en todo caso, autorizar la prestación de servicios funerarios en la ciudad de Zaragoza y el acceso al tanatorio a empresas funerarias que acrediten su identidad y licencia o título habilitante en otro municipio (folio 1444), y tal como se ha hecho por el Ayuntamiento desde del mes de diciembre de 2014.

Respecto a la imputación de la Asociación Regional de Funerarias de Aragón (ARFA se puso de manifiesto en la denuncia que la asociación aragonesa ARFA, de la que fue expulsada la empresa denunciante por exigir información sobre el estado actual de la legislación vigente en la materia, se ampara en la ordenanza municipal para exigir a una empresa funeraria legalmente establecida en una localidad distinta de Zaragoza el cumplimiento de los mismos requisitos que una que quiera constituirse como una de nueva creación para realizar su actividad.

La mercantil denunciante considera y así lo ha manifestado en diversos escritos y material probatorio presentados durante la fase de información reservada, que la Asociación y su junta directiva –compuesta casi en su totalidad por empresas funerarias radicadas en Zaragoza- obstaculizan el acceso de estas empresas funerarias al tanatorio de Zaragoza al no defender los intereses de estas empresas y manifestar en sus reuniones el deber de cumplimiento de la ordenanza municipal.

Sin perjuicio de la existencia de una clara controversia y disputa entre la empresa funeraria La Hispanidad y la Asociación ARFA que culminó, como ha quedado acreditado en el expediente con la apertura de un expediente sancionador y la expulsión de la empresa de la referida Asociación, cuestiones que resultan ajenas a este procedimiento, no se ha observado indicios de prácticas restrictivas de la competencia en su actuación ni en la de sus miembros directivos, que pudieran derivarse de la conducta descrita.

No obstante, no deja de sorprender el desconocimiento por parte de la Asociación del marco legal regulador de la prestación de servicios funerarios que, como bien indica la denunciante, incidió en la liberalización del sector reconociendo, entre otros aspectos relevantes, la validez en todo el territorio nacional de la habilitación para llevar a cabo la prestación de servicios funerarios; así como la incorrecta interpretación de la ordenanza municipal que realiza al amparo de dicha regulación, máxime cuando dentro de los fines recogidos en sus estatutos se halla el de *“defender y fomentar el cumplimiento de las Leyes, Reglamento, Ordenanzas y demás preceptos”* que afecten al ejercicio de la actividad, así como *“la representación y defensa de los intereses de empresas funerarias en su conjunto frente a terceros”*.

Este tribunal entiende que no resulta procedente extender la imputación al Ayuntamiento de Zaragoza, por no ser operador económico en las actuaciones objeto de este expediente, ni a la Asociación ARFA o sus directivos, al no existir indicios de una infracción de las normas de defensa de la competencia (en concreto del artículo 1 LDC) en la actividad defensora de la ordenanza municipal desarrollada por la Asociación y/o la ausencia de defensa de los intereses de determinados asociados (empresas funerarias no autorizadas en Zaragoza), sin perjuicio de que pudiera calificarse como un incumplimiento de los fines asociativos que, en todo caso, no compete conocer a los órganos de defensa de la competencia, y que resulta procedente mantener la imputación realizada en el pliego de concreción de hechos y ratificada por la propuesta de resolución a la empresa SERFUTOSA,

El régimen sancionador resultante de la LDC resulta de aplicación a los sujetos infractores que la LDC define como las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracción (art. 61.1 LDC). Ahora bien, las infracciones del Derecho de la competencia son acciones u omisiones típicas y antijurídicas pero, sin embargo, la imposición de una sanción administrativa requiere de algo más.

Así lo ha reconocido la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, al señalar que en el ámbito de la responsabilidad administrativa no basta con que la conducta sea típica y antijurídica sino que también es necesario que sea culpable, esto

es, consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable.

Sobre esta cuestión, y en materia de defensa de la competencia, puede destacarse lo dispuesto en la Resolución del Consejo de la CNC de 26 de abril de 2012 (Expediente SNC/0018/11 ENDESA), Fundamento de Derecho QUINTO, en la que se indicó lo siguiente:

“Según reiterada jurisprudencia, entre otras STS de 22 de noviembre de 2004, la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita en el ámbito del derecho sancionador, señalando al respecto que sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), que excluye la imposición de sanciones sin atender a la conducta diligente del administrado, pues más allá de la simple negligencia los hechos no pueden ser sancionados. Así pues, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso, de al menos, un principio de culpa (STC 246/1991; STS 26/03/86 entre otras).

De esta forma, tal y como se ha puesto de manifiesto en otras Resoluciones (Expte. SNC 0010/11, GRAFOPLAS DEL NOROESTE), sólo pueden 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.

En este sentido, el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala que: "Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia".

De acuerdo con lo anterior, el reproche administrativo no queda limitado a los supuestos en los que concurre dolo, sino que es extensible a aquellos supuestos en los que el sujeto agente de la infracción actúa a "título de simple negligencia".

Por lo que se refiere al supuesto que nos ocupa y de conformidad con la doctrina expuesta, este TDCA entiende que de los hechos acreditados en el expediente, en los que la mercantil imputada ha reconocido la denegación de acceso a las salas del tanatorio municipal a terceros operadores que no están autorizados en la ciudad de Zaragoza se puede colegir que el elemento subjetivo de la infracción está presente en este caso y su conducta ha de ser considerada cuando menos culpable, de manera que los argumentos aducidos por la mercantil imputada para justificar su conducta suponen una *“una interpretación partidaria e interesada”*, discriminatoria, arbitraria y contraria a derecho.

Por otra parte, la empresa no podía ignorar la liberalización producida en el sector y que su comportamiento implicaba una eliminación de una parte de la competencia en el mercado de referencia, afectando a determinadas empresas funerarias que no podían prestar sus servicios en el tanatorio.

Esta afirmación se ratifica, además, si se tiene en cuenta el ya importante número de resoluciones de los órganos de defensa de la competencia que han tenido por objeto enjuiciar y sancionar conductas anticompetitivas realizadas por empresas del sector.

De acuerdo con lo expuesto, no cabe duda de que el elemento subjetivo de la infracción está presente en el supuesto que nos ocupa. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2009 (exp. 542/02 Suresa-Correos) establece, en su Fundamento Jurídico Cuarto, lo siguiente: *“No requieren las infracciones tipificadas en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (hoy artículo 2 de la LDC) que el sujeto infractor tenga la expresa intención de perjudicar la competencia y de abusar de su posición de dominio, sino que basta que actuaciones deliberadas suyas tengan esos efectos y que los mismos fueran previsibles.”*

Podemos considerar que la mercantil SERFUTOSA ha realizado *“una interpretación partidaria e interesada”*, discriminatoria, arbitraria y contraria a derecho, tanto de la Ordenanza Municipal como del Pliego de la concesión y de una sola instrucción realizada por el Ayuntamiento en el año 2005, en contra de lo que ha mantenido a lo largo del expediente, puesto que sí habría permitido el acceso al tanatorio de Torrero a empresas que no estaban autorizadas para prestar servicios funerarios en la ciudad de Zaragoza y dentro estas empresas se encontrarían empresas actuales accionistas de SERFUTOSA

Por todo ello, en el presente caso, se considera responsable en condición de autora de una infracción muy grave del artículo 2.2 c) de la LDC a la mercantil “Servicios Funerarios de Torrero S.A (SERFUTOSA)”, empresa concesionaria del tanatorio municipal de Torrero (Complejo Funerario del Cementerio Municipal de Torrero) desde el año 1991, con domicilio social en C/ Fray Julián Garcés s/n de Zaragoza.

SEPTIMO.- Sanción.

Acreditada la existencia de una conducta prohibida por el artículo 2.2 c) de la LDC, ésta debe ser calificada conforme a lo dispuesto por el artículo 62 de la LDC.

Este Tribunal ha concluido que la conducta infractora debe ser calificada como muy grave conforme al artículo 62.4. b) de la LDC que dispone que son infracciones muy graves: *“b) El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos*

En el presente asunto se dan las circunstancias que señala la ley para considerar el abuso de posición dominante como una infracción muy grave.

De acuerdo con lo que establece el artículo 62.4.b) de la LDC, la conducta infractora se tiene que calificar como muy grave teniendo en cuenta que es la única empresa que ofreció los servicios de tanatorio en el área geográfica relevante teniendo una cuota de mercado de monopolio toda vez que ha sido el único operador presente en el mercado relevante definido como la prestación de servicios de tanatorio en el municipio

de Zaragoza, que se trata de un sector de liberalización reciente después de décadas de funcionamiento como un monopolio local y que es concesionaria de un tanatorio de titularidad municipal por lo que disfruta de derechos especiales o exclusivos que no están al alcance de potenciales competidores en el mercado relevante.

La imposición de las multas corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, órgano competente para dictar la resolución de este procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.2 d) de la LDC y las competencias atribuidas en el Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia en Aragón.

Teniendo en cuenta que la conducta imputada constituye una infracción muy grave de las previstas en el artículo 62.4.b) de la LDC, cabe imponer las sanciones establecidas en el artículo 63.1.c) de la citada norma, donde las infracciones muy graves podrán ser sancionadas, como tope máximo, con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

La LDC regula en su artículo 64 los criterios fundamentales que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer la cuantía de la sanción. También deben ser observados los criterios dictados por el Tribunal Supremo, quien en numerosas sentencias ha mantenido (entre otras, las de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, así los criterios establecidos en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala contenciosa administrativa, Recurso 2872/2013, de 29 de enero de 2015.

El artículo 64 enumera los siguientes criterios: a) la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) el alcance de la infracción; d) la duración de la infracción; e) efectos de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 64 de la LDC, este Tribunal considera que han de tenerse en cuenta para la fijación de una eventual sanción los siguientes criterios:

Respecto a la dimensión y características del mercado afectado por la infracción es preciso remitirnos al fundamento de derecho quinto donde fue objeto de estudio y valoración esta cuestión llegando a la conclusión de que el mismo se corresponde con el de prestación del servicio de tanatorio en el municipio de Zaragoza.

Simplemente señalar que el mercado de producto en el presente expediente se define como la prestación del servicio de tanatorio, entendiéndose por tal aquel donde se realiza el velatorio y, en su caso, las prácticas necesarias para el acondicionamiento del cadáver y que el mercado geográfico tiene un carácter eminentemente local y que está delimitado exclusivamente por el municipio de Zaragoza.

En lo que respecta a la cuota de mercado de la empresa responsable de la infracción la imputada ostenta una cuota de mercado del 100%, al tratarse de la empresa que ha venido explotando la única instalación de tanatorio existente en el mercado definido y en el periodo enjuiciado. Además, se trata de una cuota duradera en el tiempo como veremos a continuación.

Como decíamos la cuota de mercado de que dispone la empresa SERFUTOSA que gestiona el tanatorio de Zaragoza es elevadísima y ascendería al 100% hasta el mes de junio de 2013 (fecha de comienzo de actividad de uno de los dos tanatorios privados existentes en la ciudad), al tratarse de la empresa que ha explotado mediante concesión, la única instalación de tanatorio existente en Zaragoza. Así, los datos obrantes en el expediente relativos a los servicios de tanatorio (salas de velatorio) prestados por todas las instalaciones (se ha analizado desde enero de 2010 a abril de 2015), permiten concluir, conforme se indica en el informe económico del SDCA y en el PCH y PR, que la cuota de mercado de SERFUTOSA *“Ha permanecido en el 100% para los años 2010, 2011, 2012, y los meses de enero a mayo de 2013 por no existir otras instalaciones de tanatorio en el ámbito temporal y geográfico considerados. Se ha mantenido en la horquilla [80%-89%] desde julio de 2013 hasta abril de 2015, último mes del que este Servicio dispone de información. Del análisis y evolución de las cuotas de mercado se colige con la debida claridad que la mercantil denunciada ostentaba el monopolio en el mercado de referencia durante los años 2010-2012 y los primeros cinco meses de 2013 y una cuota de mercado muy destacada (>80%) a partir de entonces”* (folio 1915).

Sobre la duración de la infracción queda suficientemente acreditado que SERFUTOSA ha abusado de su posición dominante en el término municipal de Zaragoza al denegar, de forma continuada e injustificada, el acceso al tanatorio municipal de Torrero de Zaragoza y en concreto, el alquiler de salas de velatorio, a compañías de servicios funerarios habilitadas que carecían de autorización y no estaban instaladas en el municipio de Zaragoza, al menos desde el mes de noviembre 2005 (fecha de la carta/instrucción del Ayuntamiento invocada por la mercantil y la aprobación de Ley 24/2005, de 18 de noviembre) hasta el 17 de junio de 2013 (fecha de inicio de actividad del tanatorio SERVISA), periodo en el que la mercantil denunciada ha ostentado el monopolio en el mercado de referencia por ser la gestora del único tanatorio existente en la ciudad de Zaragoza, sin perjuicio de la elevada cuota en el mercado de referencia que ha mantenido la empresa a partir de dicha fecha.

Por otra parte, con respecto al alcance de la infracción examinada, el mercado de producto lo representa el concreto servicio de tanatorio, entendido como aquel que ofrece, en un lugar espacioso, la vela de los fallecidos por sus familiares en adecuadas condiciones higiénico-sanitarias, con posibilidad de práctica de la tanatopraxia o tratamiento de los cadáveres y otros servicios accesorios.

Como se ha advertido en este expediente, se trata de un mercado que debe ser considerado independiente del mercado de los servicios funerarios, pero al que se halla muy vinculado a otros, teniendo en cuenta que el de servicios funerarios es un mercado más amplio que comprende todas las actividades que se realizan desde que se produce la defunción de una persona hasta el momento de su inhumación o incineración. A su vez, interacciona con los mercados de seguros de decesos y de servicios sanitarios y geriátricos.

Y así se corrobora en el informe económico al señalar “que no *debe olvidarse que dicha negativa de acceso al servicio de tanatorio tendría consecuencias en el mercado directamente relacionado de los servicios funerarios debido a la palmaria relación existente entre ambos en aras de ofrecer un servicio mortuario que pudiera considerarse completo*”

Por lo que hace a los efectos de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos la conducta abusiva descrita en esta resolución, ha tenido como efecto principal un debilitamiento de los competidores en el mercado verticalmente relacionado de los servicios funerarios donde ha restringido apreciablemente la competencia, al no permitir el acceso al tanatorio a prestadores de servicios funerarios con autorización concedida en otro municipio.

Hay que tener en cuenta que, como consecuencia de la realización la práctica descrita, y considerando el elevado poder de mercado derivado de la situación de dominio que ostenta la empresa infractora y del cierre de dicho mercado a terceros operadores económicos no autorizados y radicados en Zaragoza, cualquier práctica de obstaculización al suministro de servicios, y en este caso, la denegación de acceso a las salas de velatorio a ciertas empresas funerarias, resulta especialmente pernicioso para la competencia, impidiéndose, *de facto*, el desarrollo de la actividad económica en el mercado por los operadores funerarios afectados por la misma. y ello es así, porque el uso de la sala velatorio es un insumo necesario para que las empresas funerarias puedan prestar sus respectivos servicios, por lo que ello supone una evidente limitación a la capacidad de expansión de los terceros competidores.

Por otra parte, la conducta descrita ha supuesto que las empresas funerarias que no han podido acceder al Tanatorio de Torrero se hayan visto obligadas a subcontratar dichos servicios con empresas instaladas en Zaragoza para atender los requerimientos de sus clientes, con un incremento de los costes del servicio.

Asimismo, en la medida en que SERFUTOSA ha denegado el acceso al tanatorio de Torrero a otras funerarias está dificultando, o incluso impidiendo, que otras empresas presten un servicio de manera integrada y, en consecuencia, restringiendo su capacidad de competir al no poder ofrecer un servicio en las mismas condiciones.

Igualmente, la práctica abusiva detectada en el mercado de servicios de tanatorio, donde la empresa denunciada tiene posición de dominio, determina que los consumidores no tengan acceso a una oferta variada para la prestación de los servicios funerarios, así como la posible imposición de precios superiores, derivados de la

subcontratación de servicios con empresas de Zaragoza. En conjunto, se puede afirmar, que la restricción de la competencia en el mercado habría privado a los usuarios de apropiarse de los beneficios de ésta en términos de precios inferiores y calidad superior.

Estas circunstancias permiten concluir que el alcance ha sido amplio, prolongado en el tiempo y que los efectos producidos han tenido un carácter sustancial.

En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad (circunstancias agravantes y atenuantes) se considera, a la vista de lo señalado anteriormente, que no concurren en el presente caso ninguna de las circunstancias agravantes ni atenuantes previstas en el artículo 64.2 y 3 de la LDC en relación con la conducta infractora.

Sobre la naturaleza del porcentaje referido en el artículo 63 de la LDC (10% en el presente caso) y si se trata del máximo de un arco sancionador o un límite o umbral de nivelación, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en repetidas jurisprudencia desde su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013).

Según el Tribunal Supremo, el proceso determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites “constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje” y continúa exponiendo que “se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.”
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude al “volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, “lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción”. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe.
- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme al artículo 64 de la LDC, antes citado.

- Por último, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala que “las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.” Asimismo, precisa que la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia no puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

Tal y como ya se ha señalado, la infracción que aquí se analiza se califica por la LDC como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total del infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2015.

Por otro lado, tal y como señala el Tribunal Supremo, dicho porcentaje debe concebirse como el límite máximo de una escala o arco sancionador. Dicho porcentaje “marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica”. Siendo ello así, el 10 % debe reservarse como “respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría”.

Para la determinación de la misma debe tomarse en consideración el volumen de negocios total en 2015, que fue comunicado, previo requerimiento del Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón, por SERFUTOSA durante la tramitación del presente expediente sancionador (folio 2.647 del expediente) y que asciende a la cantidad de 3.129.200 € (tres millones ciento veintinueve mil doscientos euros).

Teniendo en cuenta todos los elementos de graduación de la sanción citados, este TDCA ha acordado imponer a una sanción por importe de 250.336 € (doscientos cincuenta mil trescientos treinta y seis euros), que supone un 8 % de su volumen de negocios correspondiente al año 2015.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general de aplicación, este TDCA

RESUELVE

Primero.- Declarar que ha quedado acreditada la comisión de un conducta de abuso de posición de dominio constitutiva de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 2.2 c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la denegación injustificada de acceso al Tanatorio municipal de Torrero de Zaragoza a empresas funerarias no autorizadas en dicho municipio

Segundo.- Declarar responsable de dichas prácticas restrictivas a la empresa “Servicios Funerarios de Torrero S.A. (SERFUTOSA)”, e imponer a la misma una sanción de 250.336 € (doscientos cincuenta mil trescientos treinta y seis euros).

Tercero.- Instar al Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.