

RESOLUCIÓN del expediente n.º 41/2012, FUNERÀRIA FONTAL

Presidente

Arseni GIBERT BOSCH

Vocales

Josep Oriol LLEBOT MAJÓ

Anna MATAS PRAT

Secretario

Francesc BERNAL DEALBERT

Barcelona, 2 de julio de 2015

El Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia (en lo sucesivo, el TCDC de la ACCO), con la composición expresada al margen y con la vocal doña Anna Matas Prat actuando como ponente, ha adoptado esta resolución del expediente sancionador 41/2012, FUNERÀRIA FONTAL, cuyo origen se encuentra en la denuncia formulada por el Sr. XXX, en representación de FUNERÀRIA DEL BAGES, SL, contra la empresa FUNERÀRIA FONTAL, SA, (Grupo MÉMORA) por una posible infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (de ahora adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 29 de noviembre de 2011, el Sr. XXX, en representación de Funerària del Bages, SL (en lo sucesivo, FB), presentó un escrito de denuncia ante la ACCO, registrado de entrada con el número 0256E/555/2011, en el que denunciaba a Funerària Fontal, SA (que ha sido absorbida por MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, SLU) por presuntas conductas prohibidas por la LDC.

En concreto, los hechos denunciados consistirían en la negativa de FUNERÀRIA FONTAL, SA - MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, SLU (en lo sucesivo, MÉMORA) a que FB utilizara el tanatorio gestionado por la denunciada en el municipio de Artés, donde FB no dispone de dichas instalaciones. Según el denunciante, MÉMORA habría infringido el artículo 1, apartados a y b, y el artículo 2, apartados a y b, de la LDC.

2. La ACCO es el organismo competente para conocer del asunto de referencia, de conformidad con la asignación efectuada según 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.

3. De acuerdo con los artículos 49.2 de la LDC y 26 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, RDC). aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el 4 de noviembre de 2013, el Director general de la ACCO decidió iniciar un periodo de información reservada.

En fecha de 4 de noviembre de 2013, en el marco de la información reservada, se enviaron requerimientos de información a FB, MÉMORA y al Ayuntamiento de Artés; los registros de salida fueron, respectivamente, 0256S/553/2013, 0256S/554/2013 y 0256S/555/2013. MÉMORA y el Ayuntamiento recibieron los respectivos requerimientos el día 6 de noviembre y FB lo hizo el día 7. El 15 de noviembre de 2013, el Ayuntamiento de Artés solicitó una ampliación del plazo para responder al requerimiento de información, que le fue otorgada mediante providencia de 18 de noviembre y efectivamente recibida el día 20 del mismo mes. Asimismo, el día 18 de noviembre de 2013, se recibió la solicitud de ampliación del plazo para responder al requerimiento de información formulada por el representante de MÉMORA, solicitud que se concedió mediante providencia en la misma fecha, y que fue recibida por la interesada el 21 de noviembre de 2013.

El 21 de noviembre de 2013 se registró con n.º 0256E/470/2013 la respuesta de FB al requerimiento de información que le había formulado la ACCO. El 25 de noviembre de 2013 se registró con n.º 0256E/477/2013 la respuesta de MÉMORA y el 27 de noviembre de 2013 se registró con n.º 0256E/484/2013 el escrito de 25 de noviembre de 2013, con el que el Ayuntamiento de Artés responde al requerimiento de información de la ACCO.

4. Después de analizar la información obtenida, el Director general de la ACCO consideró que existían indicios racionales de infracción de la LDC y, en fecha de 20 de febrero de 2014, dictó acuerdo de incoación del expediente sancionador n.º 41/2012- FUNERÀRIA FONTAL.

El mismo día se registró de salida, con n.º 0256S/65/2014, la comunicación del acuerdo de incoación del expediente sancionador dirigida a FB, que fue efectivamente notificada el 24 de febrero de 2014. También en fecha de 20 de febrero de 2014 se registró de salida, con n.º 0256S/66/2014, la comunicación del mencionado acuerdo dirigida a MÉMORA, y fue efectivamente notificada el 25 de febrero. Asimismo, el 21 de febrero de 2014 se registró de salida con n.º 0256S/68/2014 el oficio mediante el cual se notificaba a la CNMC la incoación del expediente. Esta documentación se incorporó a la aplicación informática CIRCABC y fue recibida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en lo sucesivo, CNMC) en fecha de 10 de marzo de 2014. Finalmente, es preciso poner de manifiesto que el 13 de marzo de 2014 se publicó en el sitio web de la ACCO un comunicado que informaba sobre el hecho de la incoación del expediente sancionador 41/2012-FUNERÀRIA FONTAL, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1/2009, de 13 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia (en lo sucesivo, LACCO), junto con el artículo 37 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en relación con los artículos 23 y 28.3 del RDC.

5. El día 20 de febrero de 2014, la instructora del expediente dictó una providencia de requerimiento de información dirigida a MÉMORA, que fue enviada junto con el acuerdo de incoación del expediente sancionador. En este requerimiento se solicitaba, entre otros, información relativa a los tanatorios explotados por MÉMORA en la comarca del Bages, información sobre los municipios a los que presta servicio el tanatorio de Artés, así como el registro de servicios funerarios de este municipio, e información relativa a otros operadores que hayan solicitado el acceso al tanatorio de Artés. En fecha de 11 de marzo de 2014 se registró de entrada en la ACCO, con n.º 0256E/71/2014, un escrito de MÉMORA mediante el cual formulaba una solicitud de ampliación del plazo para poder responder al requerimiento de información notificado a esta entidad en fecha de 25 de febrero de 2014. La instructora del expediente acordó conceder la ampliación de plazo solicitada, y otorgó al efecto 5 días hábiles adicionales. La comunicación de esta providencia fue registrada de salida con n.º 0256S/116/2014 y fue efectivamente notificada en fecha de 17 de marzo de 2014. El día 14 de abril de 2014, MÉMORA respondió parcialmente al requerimiento de información con un documento registrado de entrada con n.º 0256E/129/2014; el día 23 de junio, MÉMORA aportó información complementaria mediante escrito registrado de entrada en la ACCO con n.º 0256E/210/2014.

El mismo día 20 de febrero de 2014, la Instructora del expediente dictó una providencia de requerimiento de información dirigida al Ayuntamiento de Artés, que fue registrada de salida con n.º 0256S/67/2014, y fue efectivamente notificada en fecha de 24 de febrero de 2014. En este requerimiento se solicitaba al Ayuntamiento, entre otros, información relativa a requisitos para explotar un tanatorio en su municipio; la existencia de ayudas o subvenciones otorgadas a MÉMORA como consecuencia de la explotación del tanatorio de Artés y datos sobre el número de servicios funerarios que se hubieran prestado en el municipio durante los años 2010-2013. El día 10 de marzo de 2014 se registró de entrada en la ACCO, con n.º 0256E/66/2014, un escrito mediante el cual el Ayuntamiento de Artés procedía a dar respuesta al requerimiento de información que le había sido formulado.

6. El día 27 de junio de 2014 se procedió, mediante diligencia, a la incorporación de la documentación siguiente: información descargada de la página web del Consejo Comarcal del Bages (www.ccbages.cat), en fecha de 17 de junio de 2014, relativa al parcelario del polígono industrial Santa Maria d'Artés, ampliación I y II, del municipio de Artés; escrito firmado por el Sr. Lluís Comallonga, de fecha de 18 de junio de 2014, en el cual indica la situación actual de la nave ubicada en la calle Sant Antoni Maria Claret, parcela n.º 11, del polígono industrial Santa Maria d'Artés, del municipio de Artés, y correo electrónico enviado con fecha de 25 de junio de 2014 por el Sr. Pedro Sangro Gómez-Acebo, abogado de MÉMORA, mediante el cual remite a la ACCO un documento que contiene datos sobre el uso de diversos tanatorios que tiene MÉMORA en la comarca del Bages, durante el periodo comprendido entre 2008 y 2013, en respuesta al requerimiento de información formulado en fecha de 20 de febrero de 2014.

7. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50.3 de la LDC, en concordancia con el artículo 33.1 del RDC, el día 9 de julio de 2014, se dictó el Pliego de concreción de hechos (de ahora adelante, PCH), cuya copia fue enviada a las partes interesadas en este expediente a fin de que formularan las alegaciones que consideraran oportunas. La comunicación dirigida a MÉMORA fue registrada de salida el día 15 de julio y efectivamente

notificada el día 18 de julio de 2014. La comunicación dirigida a FB fue registrada de salida el día 10 de julio y fue efectivamente notificada el día 15 de julio de 2014. Por último, la comunicación dirigida a la CNMC fue registrada de salida el día 15 de julio y fue efectivamente notificada el mismo día, según consta en el correspondiente justificante de recepción descargado de la aplicación CIRCABC.

Después de haber solicitado una ampliación de plazo para formular las alegaciones y haberle sido concedida, MÉMORA presentó, dentro del plazo legalmente establecido, su escrito de alegaciones. La fecha de recepción de las alegaciones fue el 19 de agosto de 2014 con registro de entrada n.º 0256E/247/2014. El escrito había sido presentado por correo administrativo en fecha de 13 de agosto. Ni FB ni la CNMC formularon alegaciones al PCH dentro del plazo concedido a tal efecto.

8. En fecha de 30 de septiembre de 2014 se registró de salida, con n.º 0256S/408/2014, una providencia de requerimiento de información dirigida a MÉMORA, mediante la cual se solicitaba que aportara, por una parte, las cuentas anuales consolidadas de la empresa de los años 2011, 2012 y 2013 y, por otra, los datos relativos a los ingresos de los servicios funerarios prestados en el municipio de Artés durante el periodo de tiempo mencionado. Este requerimiento fue notificado en fecha de 2 de octubre de 2014, tal como consta en el justificante de aviso de recepción. El día 16 de octubre se registró de entrada en la ACCO un escrito de MÉMORA en el que pedía una ampliación de plazo que le fue otorgada en la misma fecha y notificada el 20 de octubre de 2014.

Asimismo, en fecha de 15 de octubre de 2014 se registró de salida, con n.º de registro 0256S/446/2014, providencia dirigida al Ayuntamiento de Artés mediante la cual se solicitaba que aportara el informe relativo a las normas de planeamiento del municipio de Artés elaborado a petición de MÉMORA. Esta providencia fue notificada el 20 de octubre de 2014.

En fecha de 24 de octubre de 2014 se registraron de entrada en la ACCO, de una parte, la respuesta del Ayuntamiento de Artés, con registro n.º 0256E/295/2014 y, de la otra, la respuesta de MÉMORA al requerimiento de información formulado, registrada con n.º 0256S/296/2014.

9. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC y los artículos 33.1 y 34.1 del RDC, el día 23 de octubre de 2014 se dictó la providencia de cierre de la fase de instrucción del expediente de referencia. Asimismo, el 27 de octubre de 2014, la Dirección General de la ACCO emitió su propuesta de resolución. Los dos documentos fueron comunicados a las partes interesadas de este expediente. Recibieron su correspondiente notificación el día 30 de octubre de 2014, en el caso de FB y la CNMC, y el 3 de noviembre de 2014, en el caso de MÉMORA, tal como muestran los justificantes de aviso de recepción incorporados en el expediente. En fecha de 17 de noviembre de 2014 se registró con el número 0256E/327/2014 un escrito de solicitud de ampliación del plazo de alegaciones a la propuesta de resolución por parte de MÉMORA, la cual fue otorgada mediante providencia de 17 de noviembre de 2014, notificada el 18 de noviembre.

10. El día 9 de diciembre de 2014 se incorporó, mediante diligencia, el escrito de alegaciones de MÉMORA a la propuesta de resolución enviado vía fax el día 28 de noviembre de 2014. En fecha de 9 de diciembre de 2014 se registró de entrada con el número 0256-E/339/2014 el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución de MÉMORA, enviado mediante correo administrativo de 4 de diciembre, fuera del plazo establecido, finalizado el 28 de noviembre de 2014. Ni FB ni la CNCM formularon alegaciones a la propuesta de resolución.

11. De acuerdo con lo que disponen los artículos 50.5 de la LDC y 34.2 del RDC, en fecha de 9 de diciembre de 2014 se elevó al TCDC de la ACCO el informe con la propuesta de resolución, en el cual la jefa del Área de Instrucción de Expedientes propone al TCDC de la ACCO:

Primero. Que declare acreditada la existencia de una práctica restrictiva de la competencia que consiste en una negativa injustificada de acceso al tanatorio de Artés desarrollada por MÉMORA y tipificada en el art. 2.2 c) de la LDC, que establece que el abuso de posición de dominante puede consistir, en particular, en "La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios".

Segundo. Que se considere responsable de la anterior práctica restrictiva de la competencia a MÉMORA.

Tercero. Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 62.4 apartado b) de la LDC, considere esta conducta como una infracción muy grave, ya que se trata de una actuación realizada por una empresa que ostenta una cuota de mercado, como mínimo, próxima al monopolio.

Cuarto. Que se intime a MÉMORA a que cese en su conducta y que, en lo sucesivo, se abstenga de realizar prácticas similares.

Quinto. Que imponga la sanción correspondiente.

Sexto. Que adopte, si fuera preciso, cualquiera otra de las medidas previstas en el artículo 53.2 de la LDC. En particular, la Dirección General de la ACCO propone al TCDC de la ACCO que valore la oportunidad de imponer a MÉMORA:

- La obligación de comunicar a todas las empresas de servicios funerarios que tengan su domicilio en la provincia de Barcelona, así como al Ayuntamiento de Artés, que MÉMORA dará acceso al Tanatorio de Artés a cualquier empresa funeraria, con capacidad legal para operar, que lo solicite en condiciones objetivas, viables, transparentes y no discriminatorias. Este acceso no puede quedar vinculado a la contratación de otros productos o servicios diferentes.

12. Las partes interesadas en este expediente son las que a continuación se describen:

12.1. FUNERÀRIA DEL BAGES, SL (en lo sucesivo, FB) fue constituida con la denominación actual el año 1987, y tiene por objeto "la prestación de cualquier servicio fúnebre". En la respuesta al requerimiento de información, FB explica que dispone de tanatorio propio en Manresa, donde da servicio para esta ciudad y el resto de la comarca del Bages. Se encuentra ubicada en la ciudad de Manresa, desde donde presta servicios a toda Cataluña.

12.2. MÉMORA Servicios Funerarios, SL (en lo sucesivo, MÉMORA), con domicilio en Sancho de Ávila, n.º 2 de Barcelona, tiene como objeto social la prestación de todo tipo de servicios funerarios. Anteriormente se denominaba INTUR y su origen se encuentra en el año 2001, en la agrupación de un conjunto de funerarias españolas y portuguesas. El año 2006 nació MÉMORA como marca única con el fin de agrupar bajo una misma denominación y bajo una misma identidad corporativa a la totalidad de los negocios y servicios de INTUR. Desde entonces, ha continuado con el proceso de incorporaciones de empresas de servicios funerarios al grupo y con la construcción de tanatorios y otros tipos de establecimientos. El capital social de MÉMORA se encuentra controlado al 100 % por la sociedad internacional 3i GROUP, de nacionalidad británica, que se encuentra inscrita en el Registro de Sociedades de Inglaterra y Gales con el número 1142830. Es una sociedad de capital riesgo que cotiza en la Bolsa de Londres. 3i GROUP cuenta con diversas filiales y gestiona fondos de inversión en numerosos sectores industriales y de servicios. La única empresa controlada por 3i GROUP que desarrolla actividades en el sector funerario en España es MÉMORA. MÉMORA se encarga de gestionar los servicios funerarios de una forma integral tanto en España como en Portugal. En el ámbito internacional, el grupo está presente en Portugal y otros países europeos, en África, y en América a través de su filial MÉMORA Servicios Funerarios Internacionales, SLU. En España, es uno de los primeros grupos españoles de servicios funerarios, tanatorios, crematorios y de gestión de cementerios. El año 2011 realizó cerca de 45 000 servicios funerarios y 15 000 incineraciones, y prestó servicio de velatorio a más de 40 000 familias en España y Portugal a través de sus más de 130 centros de atención al cliente, 120 tanatorios, 20 crematorios y 18 cementerios. MÉMORA participa en diversas sociedades mixtas encargadas de la gestión de servicios funerarios en diferentes ciudades como Barcelona, León y Guadalajara. En los últimos años, ha resultado adjudicataria de numerosos concursos públicos para la construcción y posterior explotación de tanatorios, crematorios y cementerios, y ha realizado una inversión de más de 187 millones de euros.

Respecto del asunto que nos ocupa en este documento, MÉMORA absorbió a la sociedad denunciada en este expediente (FUNERÀRIA FONTAL, SA) mediante escritura autorizada por el notario de Madrid Sr. Miguel Ruiz-Gallardón García de la Rasilla el 5 de diciembre de 2011, número 5619 de su Protocolo; inscrita el 17 de enero de 2012 en el Registro Mercantil de la Provincia de Zaragoza, en el folio 59 del volumen 3795, hoja Z-20427, inscripción 49.ª. No obstante, según la documentación aportada, en la fecha de la absorción, MÉMORA ya era titular, al cien por cien, de las acciones de FUNERÀRIA FONTAL, SA. De hecho, según el informe del extinto Servicio de la Competencia N-04046 INTUR/ EURO STEWART, el año 2004 FUNERÀRIA FONTAL, SA ya pertenecía en un 99,9 % a EURO STEWART ESPAÑA, SL, y esta última empresa fue adquirida por INTUR. Finalmente, cabe manifestar que MÉMORA explota 8 tanatorios en la comarca del Bages: Manresa (8 salas), Balsareny (2

salas), Navàs (2 salas), Sallent (2 salas), Artés (2 salas), Súria (2 salas) y Santpedor (2 salas). Respecto del tanatorio en el municipio de Artés, MÉMORA arrendó un local de negocio a un particular después de que el Ayuntamiento modificara el plan urbanístico con el fin de permitir desarrollar la actividad de sala de velatorio en el municipio. Adicionalmente, MÉMORA también se encarga de la gestión del cementerio municipal de Artés en virtud de un contrato menor celebrado con el Ayuntamiento.

La providencia de la Dirección General de la ACCO de 20 de febrero de 2014, de admisión a trámite de la denuncia y de incoación del procedimiento sancionador, reconoce a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la condición de parte interesada en el expediente, de conformidad con 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.

13. Los hechos que resultan acreditados en el informe con la propuesta de resolución son los que a continuación se detallan:

13.1. MÉMORA gestiona el único tanatorio de Artés, situado en la calle Sant Antoni Maria Claret, n.º 43, del polígono industrial Santa Maria d'Artés. Se trata de un tanatorio de naturaleza privada del cual MÉMORA es la titular. En este sentido, MÉMORA aporta copia del contrato de alquiler de la nave donde se encuentra situado el tanatorio, de fecha 1 de febrero de 2007, y que está vigente hasta el año 2027. La instalación del tanatorio cuenta con el correspondiente permiso ambiental otorgado en fecha de 9 de junio de 2009. MÉMORA también gestiona el cementerio municipal de Artés, en virtud de un contrato menor firmado con el Ayuntamiento.

13.2. El día 17 de noviembre de 2011 MGGD, vecina del municipio de Artés, murió en el Centro Hospitalario de Manresa y la familia de la difunta contrató a Funerària del Bages para la prestación del servicio funerario. En el informe con la propuesta de resolución se acredita que MÉMORA negó el acceso al tanatorio de Artés a la difunta MGGD; MÉMORA pone de manifiesto que denegó el acceso a FB a sus dependencias, ya que se trata de un tanatorio privado. Siempre de acuerdo con el escrito de MÉMORA, el día siguiente del deceso, la familia decidió libremente contratar los servicios con MÉMORA. El personal de esta empresa retiró el cuerpo de la difunta de las instalaciones de FB, donde había permanecido en todo momento, sin más incidencias. Así, MÉMORA menciona, en relación con los hechos denunciados, que no permitió la entrada al tanatorio de la difunta en cuestión, cuyos familiares habían contratado los servicios funerarios con FB.

El atestado de la Policía Local de Artés presenta ciertas diferencias con el anterior relato de MÉMORA. Según el atestado de la policía, después de recibir una llamada que les informa sobre un problema en la apertura del tanatorio, se presentaron ante éste y, efectivamente, el tanatorio estaba cerrado y había un coche fúnebre con el letrado Funerària Bages. La patrulla se puso en contacto con el responsable del tanatorio, que se presentó en el lugar de los hechos y lo abrió a fin de que el coche fúnebre accediera.

Asimismo, se acredita que MÉMORA facturó el servicio funerario de la difunta.

13.3. En la respuesta al requerimiento de información que le formuló la ACCO, MÉMORA manifiesta su negativa a permitir el acceso de otros operadores de servicios funerarios al tanatorio de Artés, afirmando que "en cuanto al acceso de terceros operadores al tanatorio de Artés, no se les permite el acceso".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El objeto de esta resolución es determinar si la actuación de MÉMORA, consistente en denegar el acceso a los servicios de tanatorio a terceros operadores, es constitutiva o no de un ilícito previsto en el artículo 2 de la LDC, abuso de posición dominante. El artículo 2 de la LDC establece: "Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.". Entre los diversos tipos de abuso que el artículo 2.2. enumera, el apartado c) contempla "La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios".

La determinación de si ha existido o no una conducta que constituya abuso de posición de dominio, contraria al artículo 2 LDC, requiere seguir tres pasos sucesivos: definir el mercado relevante; determinar si se dispone de una posición de dominio en el mercado previamente establecido y, finalmente, analizar si la conducta acaecida merece el calificativo de abusiva (véase, por ejemplo, la Sentencia del TJUE de 24 de mayo de 2012 en el asunto T-111/08).

2. Antes de entrar en el análisis de la conducta de MÉMORA desde la óptica de la competencia, es necesario hacer mención de los cambios legales que, desde el año 1996, han liberalizado de manera progresiva este sector. Así, tomando como punto de partida una situación en que los servicios funerarios estaban reservados a las entidades locales, quienes los ejercían en régimen de monopolio, el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, de Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica (en lo sucesivo, RDL 7/1996) liberaliza la prestación de servicios funerarios, si bien establece que los ayuntamientos podrán someter a autorización la prestación de estos servicios, autorización que tendrá el carácter de reglada y de *numerus apertus*. La Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso a la Productividad (en lo sucesivo, Ley 24/2005) supuso un nuevo impulso a la liberalización de este sector; en particular, estableció un sistema de autorización municipal única con eficacia por todo el territorio español para realizar el 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 (en lo sucesivo, Directiva de Servicios), 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. En el marco de transposición de esta Directiva, también se aprobó la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre Libre Acceso a las Actividades de Servicio (en lo sucesivo, Ley 25/2009) para adaptar la normativa española al derecho comunitario en diversos ámbitos. Estas normas introducen un nuevo enfoque en la regulación de las actividades de servicios en general y de los servicios funerarios en particular, de manera que cualquier medida que suponga una limitación en el acceso o en el ejercicio de una actividad económica tiene que estar justificada por una razón

imperiosa de interés general y tiene que ser proporcionada. Por ello, los requisitos y restricciones que se impongan a las empresas funerarias tienen que respetar los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión a la competencia.

En Cataluña, la regulación de los servicios funerarios se encuentra en la Ley 2/1997, de 3 de abril, sobre Servicios Funerarios (en lo sucesivo, Ley 2/1997). Según esta ley, los servicios funerarios tienen la condición de servicio esencial de interés general, que puede ser prestado por la Administración, por empresas públicas o por empresas privadas, en régimen de concurrencia en todos los casos. La obtención de la autorización municipal se concibe como un requisito imprescindible para el ejercicio de la actividad (art. 7 Ley 2/1997). Uno de los aspectos más relevantes de la ley a los efectos de este expediente es el relativo al del servicio de tanatorio. En este sentido, si bien la ley no lo configuraba como servicio de prestación obligatoria (artículo 4), sí que abría la posibilidad de que esta obligación se impusiera en el ámbito local. En concreto, el artículo 6.3 de la Ley 2/1997 establecía que: "las ordenanzas o los reglamentos municipales pueden fijar niveles mínimos de calidad o de disponibilidad de los medios a los que se refiere el apartado 1. También pueden exigir a las empresas funerarias el servicio de tanatorio, con independencia de la titularidad correspondiente, con el número de salas que se determinen, y también un local propio en el término municipal". La norma remitía al desarrollo por parte de los entes locales de la concreción de buena parte de los aspectos contenidos en ésta. Asimismo, preveía, para los casos en que no existieran reglamentos u ordenanzas municipales en la materia, la adopción, por parte del Gobierno de la Generalidad de Cataluña, de un reglamento de servicios funerarios aplicable de forma supletoria. En cumplimiento de este mandato, se adoptó el Decreto 209/1999, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula, con carácter supletorio, los servicios funerarios municipales (en lo sucesivo, Decreto 209/1999).

Respecto al servicio de tanatorio, el Decreto 209/1999 mantenía la no obligatoriedad de su prestación por parte de la empresa autorizada: "las entidades que presten los servicios funerarios en los municipios pueden gestionar las funciones a las que hacen referencia las letras h), i) [prestar los servicios de tanatorio en condiciones físicas adecuadas para el velatorio del cadáver], y j) del apartado 1 del artículo 13 de este Reglamento...". Aun así, el Decreto fijaba unos requisitos mínimos que debía cumplir dicha instalación. Entre otros aspectos, el artículo 31 establecía que las instalaciones de tanatorio tienen que estar ubicadas en una edificación aislada respecto de cualquier otro edificio y enumera las instalaciones con las que tiene que contar: el tanatorio tiene que tener, como mínimo, una sala de velatorio que incluya una dependencia para acoger a la familia y al público en general; una sala de exposición del cadáver, debidamente refrigerada, y una sala para realizar prácticas sanitarias sobre cadáveres; un área de trabajo; una sala de atención al público; un área reservada para aparcar los vehículos que utilice la empresa para prestar los servicios funerarios, la cual se tiene que encontrar separada de la zona de estacionamiento para vehículos externos; un estacionamiento para vehículos de las personas que tengan que acceder a las instalaciones; una sala de exposición de féretros y de urnas de cenizas, y también un local para guardar los vehículos que utilice la empresa, con los medios necesarios para mantener los vehículos en buenas condiciones de utilización y limpieza. El

mismo artículo 31 también establece que la prestación de los servicios de tanatorio tiene que estar disponible las veinticuatro horas del día, tanto en días laborables como festivos.

El año 2010, mediante el Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre, para la adecuación de normas con rango de ley a 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 modificó la Ley 2/1997 con el fin de adaptarla a las prescripciones de la directiva europea. La versión actualmente en vigor de la Ley 2/1997 sólo exige a las empresas privadas prestadoras de servicios funerarios obtener la autorización del municipio en el que se encuentran establecidas, y no del municipio o municipios donde pretende desarrollar su actividad, todo ello en coherencia con el principio de eficacia territorial general de las autorizaciones establecido por la Directiva de Servicios.

En relación con el servicio de tanatorio, se continúa configurando como un servicio cuya prestación no es obligatoria por parte de las empresas prestadoras de servicios funerarios, pero, además, desaparece la antigua cobertura legal al hecho de que los entes locales pudieran exigir su prestación a las empresas de servicios funerarios.

3. Para valorar si la conducta que da lugar a este expediente puede ser constitutiva de un abuso de posición de dominio, hay que determinar en primer lugar cuál es el mercado relevante de producto y geográfico. En el informe con la propuesta de resolución se expone de manera detallada cuál es el mercado de producto. De acuerdo con diversas resoluciones de la extinta CNC y de la propia ACCO, dentro del ámbito de los servicios funerarios es posible distinguir los siguientes mercados de producto: mercado de servicios funerarios propiamente dicho, mercado de los servicios de tanatorio, mercado de los servicios de cementerio y mercado de servicios de cremación o incineración. Todos los servicios incluidos en estos mercados se encuentran estrechamente relacionados entre sí y se pueden considerar complementarios, ya que los adquieren los mismos clientes y para un mismo uso final. El servicio de tanatorio se define como aquél que ofrece el velatorio de los difuntos por parte de sus familiares en condiciones adecuadas desde el punto de vista sanitario y con la posibilidad de práctica de tratamiento de cadáveres y otros servicios accesorios. El uso del tanatorio para velar a los difuntos es una práctica cada vez más generalizada en las familias, y constituye un servicio básico para los consumidores y prácticamente insustituible por ningún otro. El informe con la propuesta de resolución mantiene que el servicio de tanatorio se ha convertido en un elemento casi imprescindible en la oferta que realizan las empresas de servicio funerario. Por otra parte, el servicio de tanatorio se puede considerar como independiente del resto de actividades ligadas a los servicios funerarios; así, la CNC recuerda en su Resolución de 4 de octubre de 2013 (exp. SAMAD/12/10, Tanatorios Coslada) que: "*Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, hoy CNC, consideran también el servicio de tanatorio como independiente del resto de las actividades que se pueden desplegar bajo el concepto de servicio funerario, pudiendo ser contratado separadamente del resto de las prestaciones mortuorias (así, Resoluciones del TDC, de 16 de marzo y 20 de junio de 2001 en los expedientes R 461/00 Cementerio de la Paz y 495/00 Velatorios de Madrid, como Informe de la operación de concentración C-85/04 INTUR/ Euro Stewart)*".

Así, el TCDC de la ACCO coincide en la conclusión del informe con la propuesta de resolución, en el sentido de que el mercado de producto se define como la prestación del servicio de tanatorio, entendiendo por tal aquel donde se realiza el velatorio y, en su caso, las prácticas necesarias para el acondicionamiento del cadáver. Cabe decir que, en su escrito de alegaciones, MÉMORA coincide con la definición de mercado de producto.

En segundo lugar, hay que delimitar el mercado geográfico de los servicios de tanatorio. Aunque desde la liberalización del sector y, en particular, desde el año 2005, el mercado de los servicios funerarios podría ser considerado desde la óptica de la oferta como de ámbito geográfico nacional, sus particulares características, en especial de la demanda, llevan a concluir que es un mercado de carácter local. El informe con la propuesta de resolución detalla las especiales características de la demanda que se pueden resumir de la manera siguiente. En primer lugar, dado que se trata de un servicio necesario, la demanda es relativamente constante a lo largo del tiempo y tiene que ser satisfecha de manera inmediata y, en ocasiones, imprevista. En segundo lugar, las personas que solicitan estos servicios suelen encontrarse en unas circunstancias emotivas y psicológicas especiales y el proceso de decisión se encuentra condicionado por tradiciones culturales y sociales. Vistas las exigencias de la normativa en vigor, se requiere una toma de decisiones rápida y, a menudo, por la falta de experiencia, los usuarios tienen poca información respecto al funcionamiento de los servicios funerarios. En tercer lugar, se observa una asimetría en la información entre demandantes y oferentes derivada, por una parte, de los elevados costes de adquirir la información en una situación difícil desde el punto de vista emocional y, por la otra, de la falta de transparencia en los precios del servicio por parte de las empresas funerarias. La evidencia muestra que, con el fin de minimizar los costes de transacción, las familias de los difuntos tienden a contratar una única empresa que presta los servicios de manera integrada. Finalmente, se constata que los consumidores seleccionan proveedores próximos al lugar de residencia, ya que pueden ofrecer todos los servicios, incluyendo el de tanatorio.

El carácter local del mercado de servicios funerarios y, en especial, de los servicios de tanatorio, ha sido reconocido en diversas resoluciones de las autoridades de la competencia. Así, la resolución de la CNC de 4 de octubre de 2013, citada anteriormente, avala el carácter local del mercado del tanatorio:

"En conclusión, tras la liberalización, aunque el mercado de servicios funerarios podría ser considerado desde la oferta como de ámbito geográfico nacional, debido a las características de la demanda, así como a la estructura de la oferta, constituida por pequeñas y medianas empresas, se considera que tiene un ámbito eminentemente local, lo que hace del tanatorio más cercano un elemento muy importante en la oferta que presentan las empresas de servicios funerarios en cada municipio.

Sobre el mercado de servicios de tanatorio y su ámbito geográfico se ha pronunciado el Consejo de la CNC en las Resoluciones de varios expedientes (Exp. 404/1997. Servicios Funerarios de Madrid, de 23 de diciembre de 1997, Exp. 495/2000. Velatorios de Madrid, de 20 de junio de 2001, Exp. 498/2000. Funerarias de Madrid, de 5 de julio de 2001, Exp. 502/2000. Funerarias Madrid 3, de 9 de octubre de 2001, Exp. 616/2006. Tanatorios Castellón, de 11 de octubre de 2007, Exp. 622/2006. Interflora/Tanatorio de Sevilla, de 18 de

diciembre de 2007, y Exp. 650/2008. Funerarias de Baleares, de 3 de marzo de 2009), así como las Sentencias de la Audiencia Nacional de 13 de abril del 2000, de 8 y 16 de noviembre de 2001 y de 5 de marzo de 2009). En ellas se afirma su carácter local y de servicio casi imprescindible".

Otras autoridades de la competencia, como el Consello Galego da Competencia (Resolución de 10 de julio de 2012 [Exp. R1/2012, Tanatorio de Valga]) o la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (Resolución de 27 de septiembre de 2012 [Exp. S/12/2012, Tanatorios Huelva]) también han conferido ámbito local al mercado del tanatorio. Asimismo, la jurisprudencia ha ratificado el carácter local del mercado del tanatorio. En este sentido, se puede citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2010 (recurso 154/09), la cual expresamente establece que "los mercados descritos de servicios funerarios, de tanatorio y de cementerio son de ámbito local", o la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 28 de enero de 2014 (recurso 289/2012), que rectifica 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 reconocía, en cambio, el carácter local del mercado de servicios de tanatorio.

Ahora bien, aunque el mercado geográfico tiene carácter local, ello no quiere decir que tenga que coincidir con los límites de un municipio. El informe con la propuesta de resolución recoge el criterio expresado en diversas resoluciones de la extinta CNC —por ejemplo, la Resolución del Consejo de la CNC de 17 de septiembre de 2008, expediente C-0097/08, 3i/MÉMORA— en el sentido de que las instalaciones afectas a un servicio de tanatorio pueden ofrecer una cobertura mayor que los límites estrictos de un municipio, siempre que el desplazamiento suponga un coste no excesivo en tiempo. La Dirección General de la ACCO lleva a cabo un análisis de la ubicación de los tanatorios en la comarca del Bages y de las características de la red vial, con el fin de averiguar si el tanatorio de Artés da servicio a la demanda generada en otros municipios próximos y con buena comunicación que no dispongan de esta instalación. La Dirección General también tiene en cuenta que MÉMORA, en la respuesta al requerimiento de información, afirma que el tanatorio de Artés presta servicio, además del mismo municipio, a las localidades de Calders, Avinyó y Santa Maria d'Oló. Se trata de tres poblaciones pequeñas y diseminadas que no tienen tanatorio propio con una buena comunicación por carretera con Artés. Como conclusión del anterior análisis, la Dirección General afirma que el mercado geográfico se encuentra conformado por el municipio de Artés y su área de influencia, que incluye, principalmente, los municipios vecinos de Avinyó, Calders y Santa Maria d'Oló.

En el escrito de alegaciones al informe con la propuesta de resolución, MÉMORA reitera su disconformidad con la delimitación del mercado geográfico y argumenta, tal como había hecho en las alegaciones al PCH, que el ámbito geográfico del mercado de prestación de servicios de tanatorio comprende, no sólo el municipio de Artés y su zona de influencia, sino también los municipios de Santpedor, Manresa, Navarces, Sant Joan de Vilatorrada, Balsareny, Navàs y Sallent. MÉMORA fundamenta, en gran medida, su conclusión en la resolución del extinto TDC de 16 de marzo de 2001, expediente R461/00, Cementerio de la Paz, que consideró que el mercado geográfico abarcaba no sólo la zona norte de la Comunidad de Madrid, sino también Madrid capital. En este sentido, la denunciada calcula que la distancia entre Alcobendas (donde estaba situado el tanatorio en cuestión) y Madrid

es de 20 km, y utiliza esta distancia para afirmar que, en el expediente que nos ocupa, el mercado geográfico tendría que incluir todos los municipios que se encuentran a una distancia de 20 km de Artés, o a 20 min en tiempo de desplazamiento. La Dirección General responde a esta alegación argumentando que el criterio de 20 kilómetros ni está justificado ni puede ser trasladado miméticamente al caso que nos ocupa, ya que los dos ámbitos geográficos presentan diferencias importantes. Entre estas diferencias, la Dirección General destaca la existencia de una red de transporte público que conecta Alcobendas con Madrid y el hecho de que la zona de referencia constituya una conurbación urbana que actúa como una unidad funcional en muchos aspectos, entre los cuales los servicios de transporte. En el segundo escrito de alegaciones MÉMORA defiende, de manera muy detallada, la imposibilidad de acceder desde Madrid al tanatorio de Alcobendas sin utilizar el coche privado o taxi, por lo que se consume un tiempo de desplazamiento superior a 20 minutos. Respecto de estos cálculos, el TCDC de la ACCO quiere poner de manifiesto que no son relevantes, dado que la Resolución del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia no considera el tanatorio de Alcobendas como una alternativa para posibles defunciones ocurridas en Madrid capital, sino que considera que "... el mercado geográfico de referencia no puede circunscribirse a Alcobendas y la zona norte de la Comunidad Autónoma de Madrid, puesto que la facilidad de comunicaciones desde dichas localidades con Madrid-Capital hacen que los tanatorios existentes en este municipio sean alternativas viables al de la empresa denunciada, que se encuentra situada en el municipio de Alcobendas". En su escrito de alegaciones, MÉMORA no analiza en ningún caso la facilidad de comunicaciones entre el municipio de Alcobendas y alguno de los tanatorios ubicados en Madrid capital.

A criterio del TCDC de la ACCO, la cuestión que hay que dilucidar es cómo se tiene que delimitar el mercado geográfico para los servicios de tanatorio en municipios que no forman parte de un continuo urbano y que ya disponen de un tanatorio en su término municipal. Para ayudar a definir cuáles serían los límites geográficos del mercado, vale la pena recordar la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia, de 9 de diciembre de 1997 (DOCE n.º C 372, de 9 de diciembre), que establece que "el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de productos y de prestación de servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son lo bastante homogéneas, y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, al hecho de que las condiciones de competencia que prevalecen son sensiblemente diferentes a aquéllas". En el mercado de servicios funerarios, a las variables estándar de competencia —precio y calidad del servicio— se añade como una variable clave a tener en cuenta, la proximidad. Así, lo que se debe valorar es qué delimitación del ámbito geográfico permite ofrecer unas condiciones de competencia en precio, calidad y proximidad lo suficientemente homogéneas y diferentes a las condiciones que se observan en el resto de zonas geográficas próximas.

La ampliación del mercado relevante en municipios del entorno de Artés que dispongan de tanatorio que no sea propiedad o esté gestionado por MÉMORA implica desplazarse a los municipios de Navarres o Manresa, entre los más próximos. 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.

Un último elemento a tener en cuenta es que los hechos analizados en el expediente muestran que los servicios que ha realizado Funerària del Bages en su tanatorio de Manresa, sólo en dos casos tenían como municipio de residencia Artés. Los hechos señalan que, aunque Funerària del Bages tiene el máximo interés empresarial en prestar el servicio usando su tanatorio en Manresa, no consigue atraer a los clientes que residen en el municipio de Artés.

Desde otro punto de vista, el mercado geográfico se puede delimitar como el territorio más pequeño sobre el que un monopolista hipotético que tenga la exclusividad de operar podría aplicar un incremento de precios significativo y permanente en relación con los precios que podría cobrar en caso de que existiera rivalidad en el mercado. En las facturas que MÉMORA ha presentado por los servicios realizados en el tanatorio de Artés, consta que el precio de alquiler del tanatorio el año 2013 era de 1643 €, cifra que multiplica por 6 el precio de una sala de velatorio estándar en el tanatorio de Les Corts de Barcelona y por 3 el precio de una sala superior en el mismo tanatorio según las tarifas publicada en la página web de los Servicios Funerarios de Barcelona. Estos datos ponen de manifiesto la capacidad que Funerària Fontal tiene en su tanatorio de Artés para elevar el precio por encima del de competencia.

Los elementos anteriores llevan a concluir al TCDC de la ACCO que, teniendo en cuenta que el municipio de Artés dispone de un tanatorio, que no forma parte de un continuo urbano y tomando en consideración el tiempo de viaje que lo separa de los municipios más próximos

con tanatorio, el mercado geográfico se limita al ámbito municipal, aunque puede incluir el área de influencia de otros municipios próximos sin esta infraestructura.

Esta conclusión coincide con la expresada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en la Sentencia ya citada de 28 de enero, que defiende que el mercado geográfico es eminentemente local y se tiene que circunscribir a cada localidad, siempre que dispongan de una población suficiente para hacerlo económicamente rentable.

Por último, en relación con el mercado, es necesario poner de manifiesto las características de la oferta. Tanto por el hecho de que hasta el año 1996 los servicios funerarios estuvieran reservados a las entidades locales como que los cementerios son todavía un servicio municipal de prestación obligatoria, en el mercado encontramos tanto operadores públicos, ya sea directamente o a través de otras formas de gestión, como operadores privados. Es un mercado en el que tradicionalmente han predominado pequeñas y medianas empresas que operan en áreas geográficas limitadas y que a menudo gozan de una situación de monopolio en el municipio en el que operan. No obstante, se observa una presencia creciente de grandes operadores que, a menudo, entran en el mercado adquiriendo las pequeñas empresas existentes. En el caso de Cataluña, los grandes operadores son MÉMORA y ÀLTIMA Serveis Funeraris Integrals. Con respecto a los servicios de tanatorio, un informe elaborado por los ministerios de Economía y Hacienda y de Sanidad y Política Social en el año 2010 destaca su gran expansión en todo el territorio desde los años 60. Mayoritariamente, los tanatorios son de titularidad privada y la mayor parte de los tanatorios públicos se gestionan a través de una concesión. El informe también constata que continúa habiendo numerosas empresas funerarias que no disponen de estas infraestructuras y que necesitan subcontratar el servicio para ofrecerlo.

MÉMORA ha ido aumentando su cuota de mercado mediante la compra de pequeñas empresas familiares.

4. Corresponde ahora valorar si la empresa denunciada dispone de posición de dominio en el mercado geográfico y de producto que se ha delimitado. Tomando como punto de partida la emblemática sentencia *United Brands* del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (hoy en día TJUE), de 14 de febrero de 1978, y teniendo en cuenta la amplia doctrina posterior, el informe con la propuesta de resolución considera que la posición de dominio de un operador económico en un mercado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. En definitiva, un operador dispondrá de esta aptitud cuando pueda tomar decisiones sobre las variables relevantes sin tener que tener en cuenta las posibles reacciones de sus competidores, de los usuarios o de sus proveedores.

El informe con la propuesta de resolución analiza la situación de MÉMORA en relación con los cuatro factores principales que determinan si un operador disfruta de una posición dominante en el mercado, y que son: la cuota de mercado, las barreras de entrada, la elasticidad del precio de la demanda y el poder compensatorio de la demanda.

Con respecto a la cuota de mercado, teniendo en cuenta la definición del mercado geográfico relevante, se puede concluir que MÉMORA tiene una cuota del mercado del 100 %, dado que es la única empresa que puede prestar el servicio de tanatorio en el municipio de Artés y su área de influencia. Ahora bien, la cuota de mercado, a pesar de ser un elemento importante en el análisis, no es el único, sino que hay que valorar en una perspectiva dinámica la posibilidad de que las decisiones que pueda tomar una empresa se vean condicionadas por la existencia de competidores potenciales. Por lo tanto, hay que valorar si es posible la entrada fácil y rápida de nuevos competidores en el mercado que disciplinen las decisiones del operador incumbente. Expresado de otra forma, hay que valorar la existencia de barreras en la entrada para nuevos competidores que frenen o dificulten la entrada de nuevos competidores y que, consecuentemente, ayuden a consolidar la posición del operador incumbente.

El primer elemento que hay que valorar es si el planeamiento urbanístico de Artés introduce algún tipo de restricción para la construcción de un segundo tanatorio en el municipio de Artés. En este sentido, tal como se detalla en el informe con la propuesta de resolución, en el momento de los hechos sólo era posible la instalación de un tanatorio en la subzona 2 de "pequeña industria" del Plan Parcial de Ordenación para la ampliación del Polígono Industrial de Santa Maria d'Artés. El uso urbanístico de tanatorio no está contemplado en ninguna otra zona del municipio. De hecho, el año 2008 fue necesario modificar las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Artés para prever la construcción de un tanatorio en el municipio. En la respuesta al requerimiento de información efectuado por la Dirección General, el Ayuntamiento de Artés confirmó que, efectivamente, la instalación de un nuevo tanatorio sólo estaba permitida en un tramo de la subzona 2. Se trata de una isla única configurada por seis parcelas, donde sólo una de ellas se encontraba en venta o alquiler. En su escrito de alegaciones, MÉMORA cuestiona la existencia de barreras urbanísticas sobre la base de los argumentos siguientes. En primer lugar, en el momento de los hechos existía una parcela disponible en la que un operador podía instalar un tanatorio y, a fecha de la presentación de las alegaciones, habría una segunda disponible. En segundo lugar, nada impide construir un tanatorio en alguno de los otros municipios que conforman el mercado geográfico relevante definido por la propia Dirección General y, por último, el Ayuntamiento de Artés tiene prevista la posibilidad de modificar las normas subsidiarias del planeamiento urbanístico con el fin de permitir la construcción de servicios tipo —donde se incluirían los tanatorios— en otras zonas del municipio. El TCDC de la ACCO considera que, si bien es cierto que la normativa no excluye la posibilidad de construir un segundo tanatorio en el área del mercado relevante, el hecho de que la zona para construir un tanatorio se encuentre limitada por la normativa sí que introduce importantes restricciones a su construcción, de manera que eleva los costes de entrada de un nuevo operador y constituye, por lo tanto, una barrera de entrada.

En opinión de este Tribunal, sin embargo, en los municipios de pequeña dimensión son las barreras de tipo económico las que juegan un papel más relevante. La construcción de un tanatorio supone la necesidad de incurrir en elevados costes fijos para atender una demanda muy escasa a lo largo del año. Recordamos que la media de defunciones en el mercado geográfico relevante es de 93 por año. Además, los requisitos que la propia normativa municipal establece respecto de las características que tiene que cumplir un tanatorio elevan de manera significativa los costes de construcción. Así, en el municipio de Artés es de

aplicación el Decreto 209/1999, que en su artículo 31 detalla las características que ha de tener un servicio de tanatorio y que han sido descritas en el Fundamento de derecho 2 de esta resolución.

Así, en municipios de pequeña dimensión, los tanatorios operan en un tramo de la curva de costes con rendimientos crecientes a escala derivados de los costes fijos de construcción. En otras palabras, la duplicidad de la instalación daría lugar a unos costes medios por servicio superiores a los que habría con un único tanatorio y, consecuentemente, a un precio más elevado para sus usuarios. Situación claramente ineficiente desde un punto de vista económico. A criterio del TCDC de la ACCO, en municipios pequeños, un tanatorio constituye una infraestructura con características de monopolio natural y, por lo tanto, se encuentra justificada la intervención del sector público para corregir una potencial falla del mercado. Hay que decir, sin embargo, que la anterior estructura de costes no implica que en un mismo municipio no pueda haber dos tanatorios que sean rentables, aunque los dos operen con unos costes medios elevados. Siempre que las empresas puedan fijar un precio que cubra el coste medio, la infraestructura será rentable para el operador. Las características antes mencionadas de la demanda y la falta de información y transparencia en los precios llevan a concluir que un municipio pequeño podría mantener dos tanatorios en servicio si cobraran precios elevados a sus clientes. Ahora bien, en ningún caso este resultado sería eficiente en términos económicos. En este punto se da respuesta a la alegación efectuada por MÉMORA cuando argumenta que municipios con un número de defunciones similares al del área de Artés – Súria y Santpedor– disponen de dos tanatorios. Por otra parte, en esta alegación no se hace mención de cuál es el mercado geográfico de estas dos localidades.

Un tercer elemento que hay que considerar a la hora de establecer la posición de dominio es el poder compensador de la demanda. 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 caso de una subida de precios, se puede considerar que la demanda tiene capacidad de influir en las decisiones del operador. Tal como ya se ha expresado en diversas ocasiones, los usuarios particulares de los servicios funerarios se enfrentan, en unas circunstancias especiales, a un problema de falta de información y de capacidad de negociación ante el operador dominante.

De acuerdo con el análisis anterior, el TCDC de la ACCO comparte la conclusión expresada en el informe con la propuesta de resolución, en el sentido de que MÉMORA ostenta posición de dominio en el mercado de referencia. Es relevante hacer constar que la CNC se ha expresado en el mismo sentido en la Resolución de Coslada y también lo ha hecho la Sentencia ya citada del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

En relación con la posición de dominio, MÉMORA ha alegado que en ningún caso goza de esta posición si se toma como referencia el mercado geográfico más amplio. También argumenta que la falta de barreras en la entrada hace que el mercado sea suficientemente impugnabile, y por lo tanto, sometido a las presiones competitivas de potenciales entrantes. Estos argumentos ya han sido respondidos en los anteriores fundamentos de derecho de esta resolución.

5. Una vez se ha acreditado que MÉMORA tiene una posición de dominio en el mercado relevante, hay que dilucidar si su actuación puede ser considerada como abusiva y, por lo tanto, habría infringido el artículo 2 de la LDC. En concreto, el hecho analizado en esta resolución es si MÉMORA habría incumplido el artículo 2.2.c) de la LDC, que considera abusiva, y por lo tanto, prohibida, la negativa injustificada a satisfacer la compra de productos o la prestación de servicios.

Tal como se expone en el informe con la propuesta de resolución, es doctrina consolidada que el abuso es un concepto objetivo según el cual una empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los propios de una situación normal de competencia, obtiene una ventaja inalcanzable si no dispusiera de esta posición. Recogiendo la 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 relevante apuntar 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.

Con el fin de valorar si la empresa denunciada ha infringido el artículo 2.2.c) de la LDC, es necesario determinar primero cuál es el papel que tiene un tanatorio como elemento de competencia en el mercado de los servicios funerarios. El servicio de tanatorio es un servicio complementario en lo que en la definición de mercado de producto se ha denominado servicios propiamente funerarios y los servicios de cementerio o cremación. En el desarrollo reciente de este mercado, el tanatorio se ha convertido en una infraestructura cada vez más imprescindible y, por lo tanto, de más difícil sustitución (véase, por ejemplo, la Resolución del TCDC de la ACCO de 30 de septiembre de 2010; Expediente 13/2009 - Ayuntamiento de Solsona). De hecho, el sustituto más próximo al tanatorio, el velatorio en el domicilio familiar, ha caído en desuso por razones diversas. Tal como ya se ha puesto de manifiesto, en ámbitos geográficos pequeños, el tanatorio es una infraestructura con características de monopolio natural. Este hecho explica que en el mercado de servicios funerarios, entendido en sentido amplio, compitan empresas que disponen de esta infraestructura en el municipio y otras que no. Si a lo anterior añadimos que las familias contratan los servicios funerarios de manera integrada para reducir los costes de transacción que supone todo el proceso, se puede afirmar que aquellos operadores que incluyen en su oferta los servicios de tanatorio gozan de una ventaja competitiva importante ante el resto. En el caso que nos ocupa, MÉMORA no sólo opera en el mercado de tanatorios, donde tiene posición de dominio, sino también en el de servicios funerarios. Por lo tanto, con su actitud tiene capacidad para afectar a las condiciones de competencia en el mercado global de servicios funerarios.

La actuación presuntamente anticompetitiva de MÉMORA consiste en denegar la acogida en el tanatorio de Artés de los servicios de velatorio de una difunta cuya familia había contratado los servicios funerarios en la Funerària del Bages. Asimismo, ha quedado acreditado que MÉMORA aplica una política generalizada de denegar el acceso a terceros operadores de servicios funerarios. MÉMORA reitera la alegación de que no deniega ni ha denegado el acceso a sus instalaciones a ningún consumidor que lo haya solicitado. Sí que reconoce, sin embargo, que habría denegado el acceso a Funerària del Bages y que en la

respuesta al requerimiento de información afirma que el acceso al tanatorio de Artés no está permitido a terceros operadores. MÉMORA fundamenta su conducta en el hecho de que se trata de una infraestructura de naturaleza privada. En este punto, el TCDC de la ACCO comparte plenamente el criterio de la Dirección General cuando afirma que la conducta analizada en el expediente hace referencia a la denegación injustificada de acceso a la infraestructura de servicios funerarios contratados a terceros operadores. Por lo tanto, no es discutible que MÉMORA haya denegado el acceso al tanatorio a un servicio contratado a la empresa denunciante y que forma parte de la política general de la empresa denegar el acceso al tanatorio a terceros operadores del mercado funerario.

De acuerdo con la estrategia establecida en el informe con la propuesta de resolución, la determinación de si la conducta de MÉMORA, operador dominante en el mercado, se ajusta a las normas de competencia se hará atendiendo a las previsiones establecidas en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las orientaciones sobre las prioridades de control en la aplicación del antiguo artículo 82 TCE (actualmente, artículo 102 TFUE).

6. La Comunicación de la Comisión anteriormente citada establece que hay que partir del supuesto de que, en términos generales, cualquier empresa, sea o no dominante, tiene que tener derecho a elegir con quien comercia y a disponer libremente de su propiedad. Ahora bien, la Comunicación también establece que una negativa de suministro puede dar lugar a problemas de competencia cuando la empresa dominante que deniega el acceso a su instalación compite con la empresa solicitante en un mercado en el que el *input* denegado es necesario para prestar el servicio. La denegación de suministro comprende una amplia gama de prácticas, entre las cuales se encuentra la denegación de acceso a una instalación esencial o de red. Este es el caso precisamente que nos ocupa. La Comisión ha establecido, siguiendo los criterios de la jurisprudencia del TJUE, 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.

Hay que examinar, en primer lugar, si el acceso al tanatorio de Artés es objetivamente necesario a fin de que los operadores puedan competir de manera eficaz en el mercado más amplio de servicios funerarios. Para competir de manera eficaz se tiene que entender que no hay ningún sustituto real o potencial en el que los competidores en el mercado puedan basarse con el fin de contrarrestar las consecuencias negativas de la denegación. Así, a lo largo de esta resolución ya ha quedado establecido que la disponibilidad de tanatorio se ha convertido en un elemento casi imprescindible en la prestación del servicio. El sustituto más próximo, trasladar el velatorio al domicilio familiar, no es una opción para una gran mayoría de las familias. Adicionalmente, se tiene que considerar si los tanatorios de municipios próximos pueden ser un sustituto que permita a terceros operadores competir en condiciones similares a las que tiene la funeraria propietaria del tanatorio. Este extremo ya ha sido tratado extensamente en la definición del mercado geográfico, con la conclusión de que el grado de sustituibilidad del tanatorio de Artés por tanatorios de otros municipios próximos es bajo, dado que los costes que el desplazamiento impone sobre los familiares y

amigos son de muy difícil compensación por parte del operador. Por último, también hay que valorar si la empresa a quien le ha sido denegado el servicio podría, en un futuro próximo, construir un tanatorio en el mismo municipio con el fin de competir en igualdad de condiciones. A criterio del TCDC de la ACCO, y tal como se ha argumentado en el Fundamento de derecho 4 de esta Resolución, esta opción es de difícil cumplimiento dado que la dimensión del mercado —una media de 90 defunciones por año— no permite que dos empresas compitan de manera eficiente en el mercado, dado que los costes fijos medios de los tanatorios serían superiores a los mínimos y, consecuentemente, elevarían el precio del servicio. Las barreras de tipo económico, que se ven aumentadas por barreras de carácter urbanístico, constituyen un claro impedimento para la construcción de un segundo tanatorio. De acuerdo con lo que se acaba de exponer, y de acuerdo con los fundamentos de derecho 3 y 4 de esta resolución, el TCDC de la ACCO entiende que no existe un sustituto real o potencial para el tanatorio de Artés que permita contrarrestar las consecuencias negativas de la denegación. Por lo tanto, hay que concluir que el acceso al tanatorio de Artés por parte de otros operadores funerarios es objetivamente necesario a fin de que los competidores puedan competir de manera eficaz en el mercado de servicios funerarios.

El segundo de los requisitos que se tiene que cumplir para que una negativa de acceso pueda ser considerada abusiva es que sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado "descendente", en nuestro caso, en el mercado de servicios funerarios, bien inmediatamente o bien a largo plazo. Tal como recoge el informe con la propuesta de resolución en el apartado en que da respuesta a las alegaciones de MÉMORA, la jurisprudencia comunitaria 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. A este respecto hay que puntualizar que el hecho de que los competidores de la empresa en posición dominante permanezcan de forma marginal en algunos "nichos" de mercado no puede bastar para apreciar que existe tal competencia" (sentencias del TPI de 27 de septiembre de 2007, asunto T-201/04, Microsoft, y de 9 de septiembre de 2009, asunto T-301/04, Clearstream). En el caso que nos ocupa, a opinión del TCDC de la ACCO, habría dos elementos que llevan a pensar que a medio plazo sería probable la eliminación de la competencia del mercado. En primer lugar, porque la empresa dominante tiene una presencia muy fuerte en el mercado de servicios funerarios, que le permite una cuota creciente de mercado; en segundo lugar, porque dado el comportamiento de la demanda —con una marcada preferencia por contratar de manera integrada todos los servicios— es muy probable que la demanda que podría ser satisfecha por los operadores excluidos se desvíe de estos en beneficio de la empresa dominante. Tal como se ha dicho diversas veces, el hecho de que el tanatorio se haya convertido en un elemento prácticamente imprescindible otorga una posición muy ventajosa respecto del resto de operadores para poder quedarse con la totalidad del negocio que se deriva de una defunción.

Finalmente, el tercero de los elementos a tener en cuenta se refiere al perjuicio que la negativa de acceso puede comportar para los usuarios del servicio funerario. 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, por ejemplo, de unos precios inferiores o una mayor calidad en la prestación del servicio. Una evidencia en este sentido se encuentra en el precio que MÉMORA cobra por el alquiler del tanatorio a sus clientes. Tal como ya se ha apuntado, en el año 2013 MÉMORA cobraba por el alquiler del tanatorio 1643 €, cifra que multiplica por 6 el precio de una sala de velatorio estándar en el tanatorio de Les Corts de Barcelona y por 3 el precio de una sala superior en el mismo tanatorio.

Por último, hay que valorar si concurre algún elemento que justifique la denegación de acceso por parte de un operador dominante en un bien o servicio necesario objetivamente, es decir, no todas las negativas de estas características nos conducirán *per se* a una situación que sea tildada de abusiva y, por lo tanto, contraria a derecho. Tal como se expone en el informe con la propuesta de resolución, en cuanto a la denegación de acceso puntual, MÉMORA manifiesta que el fundamento de su denegación se encuentra en el hecho de que se trata de un tanatorio privado y, en cuanto a la política generalizada de no permitir el acceso a terceros operadores, MÉMORA no aporta ninguna justificación adicional. Continuando con el análisis de la Dirección General, en la Comunicación (2009/C45/02) relativa a las orientaciones sobre las prioridades de control en la aplicación del antiguo artículo 82 TCE (actualmente, artículo 102 TFUE), no parece ni indiciariamente que el hecho de que la infraestructura a la cual se pide acceso sea de titularidad privada sea motivo justificado en términos de competencia para denegar el acceso a la misma. En concreto, esta Comunicación contempla expresamente (apartado 75) que, aunque cualquier empresa tiene que tener derecho a escoger con quien quiere contratar y disponer libremente de su propiedad, es factible que, en virtud del derecho de la competencia, cuando concurren las circunstancias examinadas, este derecho ceda y se pueda imponer a una empresa dominante la obligación de suministro o de acceso a la infraestructura de su propiedad o titularidad. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, se considera que no existe una justificación de la conducta que pueda ser admitida por el ordenamiento jurídico de competencia y que justifique la conducta de MÉMORA, cómo sería, por ejemplo, falta de capacidad de la infraestructura para atender las demandas de servicio de operadores rivales 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. La empresa denunciada únicamente se ha referido al hecho de que se trata de un tanatorio privado y que no permite el acceso a otros operadores de servicios funerarios.

Adicionalmente, hay que indicar que el hecho de que un tanatorio sea de titularidad privada no ha sido un obstáculo a la hora de valorar una conducta desde la perspectiva de la LDC y valorar esta instalación como "infraestructura esencial", como hace patente, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 28 de enero de 2014 (recurso 289/2012), que rectifica la Resolución del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura de 3 de febrero de 2012.

En el escrito de alegaciones al informe con la propuesta de resolución, MÉMORA reitera que la denegación de acceso al tanatorio de Artés no puede ser considerada abusiva desde el punto de vista de la normativa de defensa de la competencia, dado que no se da ninguna de las tres anteriores condiciones exigidas para apreciar la existencia de infracción. En primer

lugar, MÉMORA cuestiona que el tanatorio de Artés pueda ser considerado como una instalación objetivamente necesaria para la prestación de los servicios funerarios. En este sentido argumenta que, teniendo en cuenta que los servicios de tanatorio no son servicios de prestación obligatoria, no se puede considerar que sea una instalación indispensable. Sin embargo, argumenta que los servicios funerarios se prestaban antes de la construcción del tanatorio en el año 2009. En relación con este extremo, hay que decir que la cualidad de objetivamente necesarios hace referencia a la capacidad de un operador de competir en el mercado de manera eficaz, tal como se ha discutido anteriormente; resulta obvio que este análisis sólo se puede hacer después de haber construido el tanatorio. El resto de alegaciones hacen referencia a la existencia de alternativas reales o potenciales y se fundamentan, por una parte, en la definición de un mercado geográfico más amplio, que daría lugar a la existencia de alternativas reales, y de la otra, a la inexistencia de barreras de carácter legal, urbanístico o económico que impiden la construcción de un segundo tanatorio en Artés. Todos estos extremos ya han sido rebatidos en los fundamentos de derecho 3 y 4 de esta Resolución cuando se han discutido el ámbito geográfico y las potenciales barreras a la entrada. Asimismo, se dan por reproducidas las respuestas de la Dirección General a las alegaciones efectuadas en los mismos términos al PCH.

En segundo lugar, MÉMORA afirma que su conducta no es susceptible de eliminar la competencia en los servicios funerarios. La justificación de esta afirmación se fundamenta en que no es un servicio de prestación obligatoria; con una definición más amplia del mercado geográfico, hay otros tanatorios que pueden prestar el servicio y nada impide a otros operadores instalar en el municipio un nuevo tanatorio. El TCDC de la ACCO considera que estas alegaciones ya se han respondido a lo largo de esta resolución y en el informe con la propuesta de resolución.

En tercer lugar, MÉMORA afirma que la denegación de acceso al tanatorio no supone un perjuicio para los consumidores. Esta afirmación se fundamenta, esencialmente, en los efectos perniciosos que se derivarían para los usuarios, a largo plazo, de la imposición de dar acceso a su tanatorio de Artés en los términos de efectos de desincentivo de inversiones futuras. Ciertamente, la Comunicación de la Comisión previamente citada pone de manifiesto que "La existencia de esta obligación —incluso con una remuneración justa— puede socavar los incentivos de las empresas para invertir e innovar, con la posibilidad de que ello redunde en detrimento de los consumidores. El hecho de saber que pueden estar obligadas a suministrar en contra de su voluntad puede llevar a las empresas dominantes —o a las que prevén que puedan llegar a ser dominantes— a no invertir o a invertir menos en la actividad en cuestión. Además, los competidores pueden tener la tentación de aprovecharse de las inversiones de la empresa dominante en lugar de invertir ellos mismos. Ninguna de estas consecuencias beneficiaría a largo plazo a los consumidores." Ahora bien, en relación con los argumentos relativos a los potenciales efectos negativos sobre la inversión, el apartado 89 de la Comunicación establece: "Sin embargo, al considerar estos argumentos, la Comisión velará por el cumplimiento de las condiciones establecidas en la sección III D. En especial, incumbe a la empresa dominante demostrar cualquier probable impacto negativo de una obligación de abastecer sobre su propio nivel de innovación y, si una empresa dominante ya ha suministrado el insumo en cuestión, esto puede ser pertinente a la hora de examinar los argumentos de que la denegación de suministros se justifica por razones de

eficiencia". En relación con este punto, se tiene que poner de manifiesto que MÉMORA no aporta ningún argumento que justifique de manera razonada los potenciales efectos negativos que tendría la obligatoriedad de abrir el tanatorio sobre los incentivos para la inversión. Esencialmente, MÉMORA argumenta los potenciales efectos negativos en los términos siguientes: "el desincentivo, a medio y largo plazo, para cualquier empresa para invertir en la apertura de un tanatorio en municipios pequeños, conocedora de que inmediatamente tendría que dar acceso a otros operadores para prestar exactamente el mismo servicio, lo que minaría su capacidad de recuperar la inversión realizada y, sobre todo, el beneficio empresarial derivado de la instalación". En este argumento MÉMORA asume implícitamente que tendría que dar acceso gratuito o por debajo de coste a terceros operadores que quieran alquilar el tanatorio. En efecto, si MÉMORA fija un precio que cubra los costes de la inversión —y cualquier otro en que incurra el operador tercero— no tendría ningún efecto sobre la recuperación de la inversión realizada ni en el beneficio derivado de la instalación. Sólo en caso de que la empresa propietaria pueda fijar precios superiores a los de competencia, la obligatoriedad de abrir la sala de velatorio a operadores terceros repercutiría en los beneficios extraordinarios que previamente la empresa pudiera realizar. El objetivo de defensa de la competencia es precisamente evitar estos comportamientos monopolísticos en el mercado, que se traducen en precios más altos y, por lo tanto, perjudican al consumidor. Una forma de hacerlo es a través de medidas —apertura del tanatorio a todos los operadores— que incentivan la competencia efectiva en el mercado.

La negativa a alquilar una sala de tanatorio ha sido interpretada en diversas ocasiones por las autoridades de competencia como una conducta abusiva. Un ejemplo claro es la Resolución de 4 de octubre de la CNC, Tanatorios Coslada, en la que se puede leer:

"Además conforme con la doctrina y jurisprudencia comunitaria relativa a los presupuestos que deben concurrir para que en aplicación del artículo 2 de la LDC (o art. 102 TFUE) las negativas de suministro pueden generar problemas de competencia cuando la empresa dominante que deniega el acceso a su instalación compite con el operador solicitante en el mercado para el cual el insumo denegado es necesario para prestar el servicio por el operador al que se le deniega, como sucede en el caso presente. Y es que debe notarse que 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. Todo ello pone de manifiesto que MÉMORA ha abusado de su posición dominante en el término municipal de Coslada (...)."

En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Defensa de la Competencia de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía en la Resolución de 27 de septiembre de 2012, ya mencionada anteriormente:

"(...) queda acreditada en la presente Resolución la negativa injustificada a satisfacer las demandas de prestación del servicio, en este caso, del uso de las salas de velatorio del tanatorio por parte de otras empresas funerarias solicitantes que son clientes de la denunciada y que además compiten con ella en el mercado descendente, como sostiene el DI. Talos hechos son constitutivos de la denegación de un 'servicio objetivamente necesario'

para competir en el mercado vecino de los servicios funerarios, dado que el servicio denegado constituye un 'insumo imprescindible' para que las funerarias puedan competir con eficacia en el citado mercado. A mayor abundamiento, se debe tener en cuenta que, en la actualidad, el tanatorio resulta indispensable para la oferta de servicios fúnebres, y que, además, en Aracena el único tanatorio que existe es el gestionado por la empresa dominante. Además, razones de planeamiento urbanístico impiden la existencia de sustitutivos potenciales en un futuro próximo en dicho municipio, por lo que ha de considerarse como una 'instalación esencial' en este mercado, a la que los prestadores de servicios funerarios deberían poder tener acceso en condiciones no discriminatorias para una adecuada configuración de su oferta en el mercado (...) "

A las dos anteriores resoluciones se añade la reciente Sentencia 57/2014 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 28 de enero de 2014.

En definitiva, el análisis de los hechos ocurridos en el tanatorio de Artés, y que constituyen la base de este expediente, ponen de manifiesto las consecuencias de la integración vertical de las empresas de servicio funerario en presencia de poder de mercado en algunos de los servicios ofrecidos. Así, en mercados de pequeña dimensión, la disponibilidad de poder de mercado en relación con el tanatorio otorga capacidad e incentivos para cerrar el mercado a las empresas rivales mediante la denegación del acceso al tanatorio. A la vez, esta conducta tiene capacidad para restringir la competencia en el mercado de servicios funerarios, de manera que a medio plazo los consumidores se verán perjudicados por la imposibilidad de suscitar rivalidad entre los competidores.

Por todo lo que se ha manifestado anteriormente, el TCDC de la ACCO considera que la conducta efectuada por MÉMORA y consistente en la denegación injustificada de acceso al tanatorio de Artés a terceras funerarias constituye un abuso de posición de dominio tipificada en el artículo 2.2.c) de la LDC.

7. 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 MÉMORA es la única empresa que ofrece los servicios de tanatorio en el área geográfica relevante. Además, el TCDC de la ACCO coincide con la valoración expresada por la Dirección General cuando argumenta que se trata de un sector de liberalización reciente, después de décadas de funcionamiento como un monopolio local. Es conveniente recordar que el legislador, al permitir que el servicio de tanatorio pueda ser contratado separadamente del resto de servicios funerarios, pretende otorgar eficacia real al proceso liberalizador y facilitar la actuación de las empresas del sector en cualquier parte del territorio. En la medida en que MÉMORA deniega el acceso al tanatorio a otras funerarias está dificultando, o incluso impidiendo, que otras empresas presten un servicio de manera integrada. También hay que poner de manifiesto que MÉMORA es plenamente conocedora de las implicaciones desde el punto de vista del derecho de la competencia de su actuación, dado que ya ha sido sancionada por la antigua CNC por conductas similares (Resolución del Consejo de la CNC, de 4 de octubre de 2013, exp. SAMAD/12/10, Tanatorios de Coslada). Adicionalmente, hay que señalar que MÉMORA ha denunciado ante otras autoridades de la competencia a otras empresas que le han negado el acceso a sus tanatorios (Resolución del Consello Galego de la Competencia de

15 de julio de 2014, R 4/2014 - Tanatorio As Burgas). Así, se considera que en este caso concurre tanto el elemento objetivo como subjetivo del tipo del injusto.

El artículo 63.1 de la LDC establece que las infracciones muy graves pueden ser sancionadas con una multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Por otra parte, el artículo 64 de la misma Ley determina qué criterios hay que tener en cuenta para fijar el importe de la sanción y las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en este caso.

El primer criterio que hay que tener en cuenta para determinar el importe de la multa sancionadora es la dimensión y las características del mercado afectado por la infracción. En este caso, el mercado afectado por la infracción es el de la prestación de servicios de tanatorio en los municipios de Artés, Avinyó, Calders y Santa Maria d'Oló. El número de defunciones en este mercado entre los años 2009 y 2012 ha fluctuado entre las 91 y las 88. Respecto de la cuota de mercado, segundo criterio, MÉMORA, como propietaria del único tanatorio, dispone de una cuota del 100 % del mercado. El tercer criterio hace referencia al alcance de la infracción, que en este caso consiste en obstaculizar la competencia en el mercado de servicios funerarios en el ámbito de influencia antes mencionado. Respecto de la duración de la infracción, cuarto criterio a tener en consideración, el TCDC de la ACCO considera que se limita a una denegación de acceso al tanatorio de Artés el año 2011. En quinto lugar, hay que valorar el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos. Con respecto a los consumidores, los familiares de los difuntos han visto reducido el número de empresas con las cuales pueden contratar los servicios de manera integral, ya que MÉMORA no permite que otras empresas funerarias utilicen su tanatorio. Respecto de otras empresas funerarias, estas habrían visto reducida su capacidad de competir al no poder ofrecer un servicio en las mismas condiciones. En conjunto, la restricción de la competencia en el mercado habría privado a los usuarios de apropiarse de los beneficios de esta en términos de precios inferiores y calidad superior.

El TCDC de la ACCO considera que concurre la circunstancia agravante de reiteración prevista en el artículo 64.2.a) de la LDC en relación con la conducta infractora, iniciada en abril de 2009, declarada por la Resolución de la CNC SAMAD/12/10, Tanatorios Coslada, de 4 de octubre de 2013. Respecto de esta cuestión, el TCDC de la ACCO coincide con la propuesta de la Dirección General manifestada en el informe con la propuesta de resolución. Asimismo, se considera que no concurren circunstancias atenuantes.

De conformidad con los criterios establecidos en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala contenciosa administrativa, Recurso 2872/2013, de 29 de enero de 2015, teniendo en cuenta el volumen de negocios de MÉMORA y los criterios que se acaban de exponer, el TCDC de la ACCO fija la cuantía de la multa en 100 000 €.

8. Por todo lo que se ha expuesto anteriormente, vistos los preceptos legales citados y los demás de aplicación general, el TCDC de la ACCO, en su reunión de 2 de julio de 2015,

RESUELVE

Primero. Acordar, de conformidad con el apartado a) del artículo 10.2 de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia (de ahora en adelante, LACCO) y el apartado a) del artículo 53.1 de la LDC, declarar acreditada la comisión, por parte de Mémora Servicios Funerarios, SLU, de una conducta de abuso de posición de dominio constitutiva de una infracción del apartado c) del artículo 2.2 de la LDC, consistente en la denegación injustificada de acceso al tanatorio de Artés a terceras funerarias.

Segundo. Acordar, de conformidad con el apartado a) del artículo 10.2 de la LACCO y el apartado a) del artículo 53.2 de la LDC, ordenar a Mémora Servicios Funerarios, SLU cesar en la conducta imputada y abstenerse, en el futuro, de incurrir en conductas similares.

Tercero. Acordar, de conformidad con el apartado a) del artículo 10.2 de la LACCO y el apartado d) del artículo 53.2 de la LDC, imponer a Mémora Servicios Funerarios, SLU una multa de 100.000 (cien mil) €.

Cuarto. Acordar comunicar esta resolución del expediente 41/2012, Funerària Fontal, a la Dirección General de la ACCO y que se notifique a las partes interesadas, haciéndoles saber que, de conformidad con los artículos 3.1 de la LACCO y 48.1 de la LDC, no se puede presentar en contra ningún recurso en vía administrativa y que sólo se puede interponer un recurso contencioso-administrativo de acuerdo con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

(Firmas)