



## RESOLUCIÓN MC/01/2017 PARQUE CEMENTERIO DE FUENGIROLA

Consejo:

- D<sup>a</sup>. Isabel Muñoz Durán, Presidenta.
- D. José Manuel Ordóñez de Haro, Vocal Primero.
- D. Luis Palma Martos, Vocal Segundo.

Sevilla, a 5 de septiembre de 2017.

El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, con la composición arriba expresada, y siendo ponente D<sup>a</sup>. Isabel Muñoz Durán, ha dictado la Resolución MC/01/2017, PARQUE CEMENTERIO DE FUENGIROLA, como pieza separada de medidas cautelares en el expediente sancionador ES-02/2017 PARQUE CEMENTERIO DE FUENGIROLA, incoado por el Departamento de Investigación de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía por una posible infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

### ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 18 de octubre de 2016, tuvo entrada en el Registro de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (en adelante, ADCA) denuncia presentada por D. AAA, en su condición de representante de Servicios Especiales, S.A. (en adelante, Servisa), contra el Ayuntamiento de Fuengirola (en adelante, Ayuntamiento) y la entidad Parque Cementerio de Fuengirola, Sociedad Anónima Municipal (en adelante, Parcesam) en la que insta a la ADCA a la incoación de procedimiento sancionador y a la adopción de medidas cautelares de cesación de las conductas infractoras, por una conducta presuntamente constitutiva de una infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

2.- Una vez efectuados los trámites de asignación de expedientes, en cumplimiento 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, mediante escrito de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), recibido el 23 de noviembre de 2016, se reconoció la competencia de la ADCA para conocer del asunto, solicitando al mismo tiempo que, en caso de incoarse procedimiento sancionador, se le admitiera como parte interesada.



**3.-** Con fecha 11 de enero de 2017, el Departamento de Investigación (en adelante, DI), al considerar que del análisis de la documentación aportada se desprendían indicios racionales de infracción del artículo 2 de la LDC, y de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, acordó la incoación de expediente sancionador contra Parcesam, y el Ayuntamiento de Fuengirola, siendo registrado con el número ES-02/2017, por la comisión de una posible infracción del artículo 2 de la LDC, consistente en *“la denegación injustificada a la prestación de los servicios de cementerio solicitados por Servisa”*.

**4.-** Con fecha 14 de junio de 2017, con objeto de dar cumplimiento al trámite previsto en el artículo 41.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), en relación con el artículo 54 de la LDC, fue elevado a este Consejo, el Informe del DI en el que propone que se estime la adopción de medidas cautelares por las que se ordene la cesación de las presuntas conductas infractoras.

**5.-** Con fecha 12 de julio de 2017, de conformidad con lo previsto en el artículo 41 del RDC, se concedió un plazo de cinco días de alegaciones a los interesados.

**6.-** El 24 de julio de 2017 tuvo lugar vista del expediente por parte de D. BBB, en representación de Servisa, en la que le fueron proporcionadas copia de determinados documentos obrantes en el expediente, en concreto, folios 190 a 211 y 213 a 231.

**7.-** Con fecha 28 de julio de 2017, se recibió en el Registro de la ADCA escrito de alegaciones de Servisa.

**8.-** El 2 de agosto de 2017 tuvo lugar vista del expediente por parte de D<sup>a</sup>. CCC, en representación del Ayuntamiento de Fuengirola, y de D. DDD, en representación de Parque Cementerio de Fuengirola Sociedad Anónima Municipal, en la que le fueron proporcionadas copia de determinados documentos obrantes en el expediente, en concreto, folios 1 a 26, 167 a 183, 213 a 231, así como del escrito de alegaciones de Servisa presentado el 28 de julio de 2017.

**9.-** Con fecha 9 agosto de 2017, se recibieron en el Registro de la ADCA las alegaciones del Ayuntamiento de Fuengirola.

**10.-** Son interesados:

- Servicios Especiales, S.A. (Servisa)
- Parque Cementerio de Fuengirola, Sociedad Anónima Municipal.
- Ayuntamiento de Fuengirola.
- La Dirección de Competencia de la CNMC.



## HECHOS PROBADOS

### 1.- Sobre las partes

#### 1.1.- La denunciante

Servicios Especiales, S.A. (Servisa), representada por los Letrados D. EEE y D<sup>a</sup> FFF, según consta en la documentación aportada al expediente sancionador.

#### 1.2.- Los denunciados

- Parque Cementerio de Fuengirola, Sociedad Anónima Municipal (Parcesam).

Es la Sociedad Anónima Municipal del Ayuntamiento de Fuengirola encargada de gestionar el único cementerio de la localidad, denominado "*Parque Cementerio San Cayetano*". Su constitución tuvo lugar en diciembre de 1989.

La sede de la entidad se encuentra situada en Carretera a Urbanización Cerros del Águila, s/n, 29640 Fuengirola (Málaga).

El Gerente es D. DDD.

- Ayuntamiento de Fuengirola.

Es el único titular de Parcesam. Aprobó la Ordenanza reguladora de actividades funerarias y otros servicios mortuorios el día 8 de octubre de 1996 (Boletín Oficial de la Provincia de Málaga núm. 215, de 8 de octubre de 1996), posteriormente modificado por Acuerdo de 27 de noviembre de 1996.

#### 1.3.- La Dirección de Competencia de la CNMC

La Dirección de Competencia de la CNMC, en atención a su solicitud y de acuerdo con el artículo 5.Tres de la Ley 1/2002, que al objeto de procurar la aplicación uniforme de la LDC, establece que el Servicio de Defensa de la Competencia (actualmente, Dirección de Competencia) podrá comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas.



## 2.- Sobre los hechos que motivan la incoación del expediente sancionador

### 2.1.- Sobre el contenido de la denuncia

Según manifiesta la denunciante, Parcesam, empresa encargada de gestionar el único cementerio existente en el municipio, *“se niega a aceptar que empresas que no tengan su domicilio en el término municipal de Fuengirola puedan contratarle servicios fundamentalmente de cementerio”*, de forma que *“impide a las funerarias no radicadas en Fuengirola que puedan completar cualquier servicio funerario que implique utilizar las instalaciones del único cementerio de la localidad”*. Alega igualmente que el Ayuntamiento de Fuengirola *“participa en la conducta infractora denunciada en la medida en que es la entidad que controla la sociedad anónima municipal”* y que *“[e]ste control no sólo se manifiesta en la titularidad exclusiva de la compañía, sino que se ha venido observando cómo Servisa ha recibido las denegaciones de contratación directamente desde el Ayuntamiento de Fuengirola y no desde Parcesam”*. Servisa presume que este criterio no se aplica exclusivamente a ella, considerando que Parcesam tampoco atiende las solicitudes de otras empresas de servicios funerarios que no estén establecidas en este municipio.

Para la denunciante, la consecuencia derivada de estos hechos es la siguiente:

*“Que Parcesam no permita a Servisa y otras empresas encargar servicios de cementerio en Fuengirola implica que, cada vez que éstas quieren prestar un servicio de estas características en el Cementerio, para completar las exequias Servisa se ve obligada a contar con la colaboración impuesta y no gratuita de una empresa funeraria local, cuyo domicilio sí esté en Fuengirola, ya que, de otro modo, Parcesam deniega el uso de sus instalaciones”*.

Relata asimismo la entidad denunciante que *“la posición de Parcesam y el Ayuntamiento de Fuengirola carece de todo sustento legal”* y que puesta en contacto con ambos para *“eliminar el obstáculo que nos impide desarrollar nuestra actividad plena”*, la gerencia de Parcesam justificaría su negativa en la vigencia de la Ordenanza municipal aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Fuengirola el 8 de octubre de 1996. Servisa sintetiza los artículos 21, 22, 24 y 25 de dicha Ordenanza en los siguientes términos:

*“la actividad funeraria sólo podrá ser realizada en Fuengirola por las empresas locales, siendo requisito imprescindible que las funerarias estén registradas en el término municipal de Fuengirola”*.



La denunciante trasladó estos hechos a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado, que en su informe de 28 de enero de 2016 puso de manifiesto, entre otros, los siguientes extremos:

- *“La cesión de instalaciones o la limitación de la actividad de traslado de cadáveres y restos únicamente a las empresas funerarias que estén autorizadas por un determinado Ayuntamiento podría considerarse una actuación contraria a la LGUM [Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado], sin perjuicio de que además pudieran estarse vulnerando otras leyes.”*
- *“Cualquier empresa legalmente establecida en cualquier ayuntamiento del territorio español debería poder obtener una sala velatorio en tanatorios municipales obviamente, siempre que haya disponibilidad y previo, en su caso, el pago de las tasas correspondientes.”*
- *“Las autorizaciones de empresas de servicios funerarios obtenidas en otros ayuntamientos habilitan a estas empresas para actuar no sólo en un determinado Ayuntamiento sino en todo el territorio nacional, por lo que deberían admitirse las peticiones de sala de éstas, sin exigirles que estén habilitadas por el propio ayuntamiento.”*
- *“Cualquier disposición de la Ordenanza reguladora de actividades funerarias y otros servicios mortuorios de Fuengirola en la que el municipio sustente las actuaciones denunciadas, como puede ser en su artículo 22 quedaría tácitamente derogada por ser frontalmente contraria al principio de eficacia de las autoridades competentes en todo el territorio nacional.”*

Pese al contenido de dicho informe, Servisa reitera que la conducta de Parcesam y del Ayuntamiento de Fuengirola no ha cambiado, manteniendo *“la injustificada negativa de Parcesam a atender solicitudes fundamentalmente de servicios de inhumación de Servisa y del resto de empresas de servicios funerarios no localizadas en Fuengirola”*.

Finalmente, la denunciante considera que el Ayuntamiento de Fuengirola y Parcesam han infringido el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), por la negativa injustificada a la prestación de los servicios solicitados, e insta a la ADCA a la incoación de procedimiento sancionador y a la adopción de medidas cautelares por las que se ordene la cesación de las presuntas conductas infractoras.

### **2.2.- Sobre la incoación del expediente sancionador ES-07/2014 por el DI**

El DI, al considerar que del análisis de la denuncia y de la documentación aportada se desprendían indicios racionales de infracción del artículo 2 de la LDC, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, y en ejercicio de las facultades atribuidas por el artículo 14 del Decreto 289/2007, de 11 de diciembre, por



el que se aprueban los Estatutos de la ADCA, con fecha 11 de enero de 2017, acordó la incoación de expediente sancionador al Ayuntamiento de Fuengirola y a Parcesam, quedando registrado con el número de expediente ES-02/2017, por presunta infracción del artículo 2 de la LDC, consistente en la denegación injustificada a la prestación de los servicios de cementerio solicitados por Servisa.

### **3.-Sobre la solicitud de medidas cautelares y los requerimientos de información**

En su escrito de denuncia, Servisa realiza la siguiente solicitud:

*“SOLICITO que, tenga por solicitadas MEDIDAS CAUTELARES DE CESACIÓN de las conductas infractoras mientras se tramita el expediente por ser imprescindibles para que las conductas infractoras no continúen, sin posibilidad de remedio alguno, durante el tiempo que dure la tramitación del procedimiento.”*

La petición se basa en la concurrencia de los requisitos de apariencia de buen derecho y de peligro por demora. Con respecto al primero, manifiesta la entidad denunciante que los hechos que constituyen la presunta conducta infractora *“ni siquiera han sido negados por las denunciadas sino que, simplemente, han tratado de justificarlos en la existencia de la mencionada Ordenanza”*. Además, considera dicha entidad, *“ese intento de justificación ya ha sido considerado contrario a Derecho por un órgano tan cualificado como la Secretaría del Consejo de Unidad de Mercado”*. A ello añade el criterio mantenido por este Consejo en la *Resolución MC/01/2015, Colegio Notarial de Andalucía, de 23 de marzo de 2015:*

*“[...] basta con que exista una razonable probabilidad de que las conductas denunciadas, que habrán de enjuiciarse en la resolución final, sean ciertas y constituyan una infracción de la LDC. [...] Por consiguiente, a juicio de este Consejo, tal como viene declarando en numerosas resoluciones de las autoridades de la competencia, supone un juicio semejante al que lleva a ordenar la incoación del expediente, de ahí que la incoación del expediente principal suponga una presunción de la existencia de fumus boni iuris”*.

En cuanto al requisito de peligro por demora del procedimiento, la entidad denunciante pone de manifiesto que la presunta negativa de Parcesam a prestarle los servicios solicitados tiende a reiterarse en nuevos casos, provocando, de un lado, un trastorno irreparable a los familiares de las personas fallecidas, y, de otro, un perjuicio patrimonial y un deterioro de la reputación comercial de Servisa, de forma que ello justifica la adopción de medidas cautelares de cesación. Para apoyar su afirmación invoca algunas Resoluciones del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía (de 23 de marzo de 2015, ya citada), de la Comisión Nacional de la Competencia (MC/00007/12, de 23 de enero de 2013, Criadores de Caballos) y de la Audiencia Provincial de Madrid (Autos 162/2012, de 23 de noviembre, y 44/2009, de 27 de febrero), que han declarado *“la necesidad de adoptar medidas anticipatorias de cesación, pues son imprescindibles para que el daño no aumente durante la*



*pendencia del procedimiento”.*

El DI, en el Acuerdo de 11 de enero de 2017, de incoación de procedimiento sancionador, ordenó la realización de las actuaciones necesarias para la elaboración de la propuesta o informe previo a la resolución de las medidas cautelares solicitadas.

Con fecha 24 de enero de 2017 tuvo entrada en el Registro de la ADCA un nuevo escrito de Servisa en el que comunicaba otro caso de presunta denegación de servicios de Parcesam:

*“En fecha 8 de diciembre de 2016, Parcesam ha prohibido nuevamente la prestación de servicios de cremación a nuestra representada en el Cementerio de Fuengirola (que quiso prestar un servicio por el fallecimiento de [...]), lo que refuerza la necesidad de que las medidas cautelares solicitadas sean otorgadas para que no se le sigan causando perjuicios a Servisa durante la tramitación del presente procedimiento.”*

Asimismo, informa Servisa que Parcesam y el Ayuntamiento de Fuengirola hacen caso omiso de la nota informativa emitida por la ADCA el día 2 de noviembre de 2016, cuyo contenido cita:

*“las entidades locales deberán adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para facilitar el acceso a las instalaciones de los tanatorios, especialmente en aquellos tanatorios de titularidad pública (aunque estén gestionados por empresas privadas) a todas las empresas de servicios funerarios o usuarios en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, con el fin de aumentar la competencia efectiva en el mercado de los servicios funerarios y en el del propio servicio de tanatorio en beneficio último del interés general.”*

Estas nuevas circunstancias ratifican, según la entidad denunciante, la procedencia de adoptar medidas cautelares de cesación.

Con fecha 2 de febrero de 2017, el Instructor del expediente sancionador remitió sendos requerimientos a Parcesam y al Ayuntamiento de Fuengirola para que formularan alegaciones en torno a la procedencia o no de la adopción de las medidas cautelares interesadas por la denunciante, pronunciándose especialmente acerca de si durante la tramitación del citado procedimiento sancionador, Parcesam, siguiendo las instrucciones del Ayuntamiento, prestaría a Servisa los mismos servicios que a cualquier otra entidad funeraria sita en ese municipio.

El día 22 de febrero de 2017 tuvo entrada en el Registro de la ADCA escrito del Ayuntamiento de Fuengirola, suscrito por la Concejala Delegada de Sociedades Municipales (Parque Cementerio de Fuengirola S.A.M.), en el que formulaba tres alegaciones. La primera se refiere a las funciones de Parcesam en los siguientes términos:

*“Tenemos que partir de que la Mercantil denunciada no es una empresa*



*funeraria, y por tanto no presta los mismos servicios que éstas.*

*Los servicios de inhumación y las cremaciones que correspondan a fallecidos en el término municipal se realizan por las empresas que hayan obtenido la oportuna autorización municipal, que como más abajo se dirá, no exige ningún requisito de imposible cumplimiento más que lo establecido en la ordenanza municipal.*

*Por otro lado, los servicios de tanatorio (Salas de velatorio, capilla, cámaras frigoríficas, consigna de cadáveres y sala de preparación tanatológica), así como los de cremación de fallecidos fuera del término de Fuengirola, pueden ser contratados sin más obstáculos por cualquier funeraria, esté la misma autorizada o no por el Ayuntamiento de nuestra localidad para la prestación de los servicios funerarios en la misma. Además no se ponen trabas de ningún tipo alguno en los traslados que con origen o destino en Fuengirola sean realizados por funerarias no habilitadas como tales en el término de Fuengirola.*

*Se aporta a los efectos oportunos documentación justificativa de la realización y contratación de servicios de los mencionados anteriormente.*

*Distinto sería si la empresa municipal tuviera un monopolio o ejerciera en competencia con otras empresas del ramo la actividad de funeraria, pues de ello podría lucrarse en detrimento de las demás, pero nada más lejos de la realidad, pues PARCESAM presta un Servicio Público necesario y distinto a los funerarios que son brindados por los profesionales de dicha actividad.”*

La segunda alegación parte de que “[l]a normativa municipal establece unos requisitos objetivos que en ningún caso no son de imposible cumplimiento” y, tomando como referencia el artículo 2.2.a) de la LDC, esgrime lo siguiente:

*“La ordenanza no impone precio u condiciones no equitativas, así cualquier funeraria puede establecerse en Fuengirola cumpliendo los requisitos relacionados en la Ordenanza, que por otro lado son los mismos que imponen los Ayuntamientos de Málaga y Marbella (entre otros muchos de la Comunidad Autónoma de Andalucía), donde la denunciante viene operando con autorización municipal.*

*Debe hacerse constar que los requisitos impuestos por la Ordenanza no limitan de ninguna manera las autorizaciones a otorgar, así están autorizadas las siguientes empresas:*

*Servicios funerarios Ramón Cano e Hijos s.l. desde el 21/01/1997*

*Funeraria Francisco Camero s.l. desde el 21/01/1997*

*Funeraria Robles Navarro s.c.a. desde el 17/04/2015”*

Esta segunda alegación reproduce una parte de la fundamentación jurídica de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo,





Sección 4ª), de 30 de octubre de 2006:

*“[...] la respuesta ajustada a la realidad social contemporánea la da el fundamento tercero del voto particular de la STS de 17 de junio de 1997 más arriba reseñado. Es notorio que, actualmente, cierto porcentaje de ciudadanos fallece fuera de su domicilio habitual en razón de haber estado hospitalizado en los centros sanitarios ubicados en las capitales de provincia o en otros grandes núcleos de población o haber sido trasladado a los mismos tras la recaída de enfermedades o la producción de accidentes. No resulta, por tanto, extraño que la familia del difunto concierte el servicio de pompas fúnebres con la empresa ubicada en el municipio de su domicilio habitual. Será, por tanto, en el citado lugar donde serán debidamente atendidos por las empresas autorizadas por el municipio en cuestión para ofrecer los distintos servicios que puedan prestar. Tal realidad, ya puesta de manifiesto en el citado voto particular, elude la necesidad de contar no solo con sede social sino también con oficina en el lugar donde se produjo el óbito. Por otro lado, tal es el marco potenciado tras la modificación del art. 22 del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre.”*

Al hilo de dicha Sentencia el Ayuntamiento mantiene:

*“Pues bien, a la vista de la Ordenanza Municipal y en relación con lo dispuesto por la Sentencia Aludida, debemos poner de manifiesto que la Ordenanza de Fuengirola permite [e]l traslado desde otros municipios al cementerio municipal por empresas no autorizadas en Fuengirola, siendo sólo necesaria la autorización municipal cuando el óbito se produzca en el término municipal fuengiroleño, ello es así a los efectos de poder dar un servicio adecuado. En este sentido la STS de 2 de julio de 2003, que referida a Bilbao, contemplaba la exigencia de oficinas en dicha ciudad, siendo requisito que reputa razonable y determinante y cuya anulación vulnera el principio de autonomía local, y así el Tribunal tiene buen cuidado de dejar claramente establecido que la supresión de la reserva no supone que los Ayuntamientos hayan de dejar de velar porque los servicios a prestar en su demarcación se lleven a cabo con las debidas garantías para los usuarios, y que ello implica que el legislador ha querido que dichas competencias permitan el establecimiento de condiciones o limitaciones razonables, excluyendo aquellas otras que, bajo pretextos irrelevantes, dificulten el acceso de las empresas al mercado y hagan de hecho imposible la liberalización acordada por el legislador.*

*Debe tenerse en cuenta que el objeto de tener una autorización municipal para el desarrollo de una actividad, de acuerdo con los citados preceptos, debe estar en consonancia de un control de legalidad que debe ejercerse en el ámbito territorial donde esta Administración puede ejercer sus competencias. De ahí, que las exigencias descritas en la Ordenanza van en consonancia con el mencionado control e inspección de los negocios que se ejercen en el*



## Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía

*Municipio, todo ello aparte del derecho que le asiste de velar por que se cumplan dentro del término municipal las condiciones de seguridad, eficacia e higiene en los términos establecidos por la legislación estatal o comunitaria en relación con el servicio funerario de la Ley de Bases del Régimen Local.”*

La última alegación del Ayuntamiento toma como base el artículo 4 de la LDC, que exige de las prohibiciones establecidas en la misma las conductas que resulten de la aplicación de una Ley. La fundamentación legal para la exención, en el presente caso, la refiere a las competencias establecidas en el artículo 25.K) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, Ley 7/1985), y normativa complementaria como el Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, y Decreto 95/2001, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria.

El Ayuntamiento explicita su argumentación en tal sentido:

*<Como ya se ha dicho la empresa PARCESAM presta un servicio público sin obstaculizar la competencia real o potencial en la prestación de los servicios funerarios, ni existe realización de prácticas restrictivas de la competencia contrarias a la Ley. Así, no tiene sentido incoar un procedimiento administrativo en materia de defensa de la competencia, cuando la competencia que se considera como “desleal” por el denunciante, proviene de la prestación de un servicio público municipal (Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 588/2009 de 1 Jul, 2009, Rec. 1149/2006)*

*Por otro lado, si la denunciante no está de acuerdo con un artículo de la Ordenanza (que por otro lado sí cumple en los Municipios de Málaga y Marbella, como en otros de la Comunidad Autónoma de Andalucía) debe acudir a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo pues como dice la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 29 Nov. 2007 Rec. 180/2006 “el Ayuntamiento denunciado había actuado en cumplimiento de sus facultades administrativas, que su oferta deportiva no se había llevado a cabo con venta a pérdida de los servicios prestados, puesto que se han ajustado a costes en cumplimiento de la normativa reguladora de las Haciendas Locales, que su finalidad no puede considerarse que sea la de eliminar a hipotéticos competidores del mercado, ya que los objetivos perseguidos son de naturaleza exclusivamente social y educativa, y que, finalmente, el interés general en la actividad denunciada se encuentra en el fomento de la salud y el deporte, todo lo cual conduce al Servicio a acordar el sobreseimiento que ahora se impugna... .. Y así, en caso de discrepancia sobre la actuación en este ámbito de la Administración, el régimen del control de legalidad de la misma viene determinado por los correspondientes recursos en vía administrativa y judicial frente al propio acto, pero no se somete al*



## Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía

*control de un órgano regulador como es el TDC, pues la actuación administrativa se desarrolla en ejercicio de potestades públicas atribuidas legalmente. Por otra parte, cualquier perjuicio que deriva de tal actuación administrativa, habrá de hacerse valer, en su caso, por vía de responsabilidad patrimonial de las Administraciones.”>*

El Ayuntamiento concluye sus alegaciones, solicitando el archivo del expediente incoado.

Con fecha 6 de marzo de 2017, tuvo entrada en el Registro de la ADCA escrito de D. EEE y D<sup>a</sup> FFF, en el que se reitera la solicitud de medidas cautelares, comunicando un nuevo hecho:

*<El 16 de febrero de 2017 se produjo el fallecimiento de un cliente, por lo que Servisa presentó una solicitud de inhumación en el Cementerio de Fuengirola. Los trabajadores de Parcesam prohibieron la realización del servicio a mi representada al manifestar que “Servisa no puede hacer entierros en esta localidad”, por lo que se tuvo que contratar para completar el servicio a una funeraria situada en Fuengirola.>*

El día 13 de marzo de 2017, el Instructor del expediente sancionador remitió un escrito a Servisa, requiriendo la siguiente información:

*< [...] se requiere a esa Entidad para que facilite una relación de las personas fallecidas en los últimos cuatro años respecto de las cuales “Parque Cementerio de Fuengirola, Sociedad Anónima Municipal” haya prestado los servicios de sala-velatorio, inhumación o cremación a instancia de Servisa, y otra con los casos en que se hubiera denegado alguno de dichos servicios, distinguiendo en ambos supuestos entre quienes fallecieron en Fuengirola y en otras localidades.>*

El día 14 de marzo de 2017, previa solicitud, tuvo lugar vista del expediente por la representación de Servisa.

El día 3 de abril de 2017, se recibió en el Registro de la ADCA un escrito de Servisa como contestación al requerimiento realizado con fecha 13 de marzo. En dicho escrito manifestaba lo siguiente:

*“Parcesam ha reconocido expresamente que no se permite a mi representada en ningún caso realizar servicios de inhumación y cremación cuando el fallecimiento se produce en Fuengirola. Además, ha reconocido que únicamente se permite prestar servicios de crematorio y tanatorio cuando los fallecimientos se producen fuera de Fuengirola.”*

En cuanto a la documentación requerida, expresa lo siguiente:

*“8. Conforme a lo solicitado por la Agencia de Defensa de la Competencia, se acompaña como Anexo 1 una relación de los servicios solicitados por Servisa*



*en el Cementerio de Fuengirola los últimos cuatro años. En el citado listado el Departamento de Investigación podrá identificar qué servicios han podido ser prestados y en cuáles de ellos ha sido necesaria la contratación de una empresa funeraria local que completara el servicio.*

*9. Revisada toda la documentación, podrá observarse que la conducta llevada a cabo por Parcesam es todavía más grave que la referida inicialmente en la denuncia ya que además de la negativa continuada a prestar servicios de inhumación, se observa que existe un número elevado de casos en los que los servicios solicitados fueron de cremación y no pudieron llevarse a cabo por mi representada, a pesar de que el difunto falleciera fuera de la localidad de Fuengirola, lo que contradice lo manifestado por Parcesam en su escrito de 17 de febrero de 2017 y se suma a las demás conductas infractoras previamente puestas de manifiesto.”*

Asimismo, comunica otro caso de presunta denegación en la prestación del servicio de inhumación a Servisa:

*“10. El pasado 9 de marzo de 2017 se produjo el fallecimiento de un cliente de Servisa en el Hospital Comarcal Costa del Sol de Marbella. El cadáver fue trasladado al Cementerio de Fuengirola para ser inhumado, por lo que nuestra representada presentó una solicitud en el Cementerio de Fuengirola.*

*11. Una vez más, Parcesam prohibió a mi representada llevar a cabo sus trabajos, por lo que tuvo que contratar a una funeraria local (Funeraria Robles) para completar el servicio. Esta situación provocó nuevamente un grave perjuicio a la actividad de Servisa. En este caso, además el personal de Parcesam se dirigió a los familiares del fallecido para informar de que Servisa no podría completar el servicio lo que provocó la presentación de una queja a mi representada y el consiguiente descrédito de su reputación en el mercado como consecuencia directa de las conductas anticompetitivas de la denunciada.”*

Finaliza el escrito reiterando la procedencia de adoptar medidas cautelares de cesación.

Con fecha 24 de abril de 2017, el Instructor del expediente sancionador emitió un requerimiento al Ayuntamiento de Fuengirola para que, a partir de una relación de personas fallecidas fuera de dicho término municipal (con referencia de sus iniciales, fecha y lugar de fallecimiento), indicase si el servicio de cremación *“fue solicitado por empresas funerarias autorizadas por el mismo o por otras empresas que no contaban con tal autorización”*.

El día 15 de mayo de 2017, tuvo entrada en el Registro de la ADCA la respuesta del Ayuntamiento de Fuengirola al requerimiento efectuado. El Ayuntamiento manifestó con respecto a la relación de personas fallecidas:



## Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía

*“A dicho listado que, tras su cotejo con la información obrante en PARCESAM se ha comprobado corresponde a servicios de fallecidos cuyo levantamiento y tramitación ha iniciado la empresa denunciante Servicios Especiales s.a. (SERVISA), se le han añadido los siguientes datos:*

- Por columnas, se agrega el servicio que realmente se ha prestado por PARCESAM, la fecha de realización del mismo, el nombre de la empresa funeraria solicitante y si ésta se encontraba autorizada por el Ayuntamiento de Fuengirola.*
- Por filas se incorporan al listado, para el mismo período, los servicios de fallecidos a quienes no se ha realizado la cremación por parte de PARCESAM, pero que sí han utilizado las instalaciones de tanatorio, siendo posteriormente trasladados a otros municipios para ser incinerados (lo que viene a ser mayoritario) o inhumados. (Para su distinción del listado original se han sombreado las filas correspondientes)*

*Del estudio del listado que aportamos, se extraen las siguientes conclusiones:*

*Las funerarias no autorizadas por el Ayuntamiento de Fuengirola, utilizan los servicios de cremación y tanatorio que presta PARCESAM, solicitándolos directamente de la sociedad municipal, siempre que los fallecidos lo hayan sido fuera del término de Fuengirola. Es curioso observar que, salvo la empresa funeraria SERVISA, ninguna otra empresa del sector encarga las cremaciones que puede gestionar directamente ante PARCESAM a alguna empresa radicada en nuestro término municipal. SERVISA, en la mayoría de las ocasiones y a pesar de no ser obligatorio, opta por delegar en una empresa local, en algunas ocasiones lo solicita directamente, y en otras, después de utilizar el tanatorio, realiza la cremación en otro municipio.”*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.- Normativa aplicable**

El artículo 54 de la LDC, dispone que: *“Una vez incoado el expediente, el Consejo Nacional de la Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte”.*

Por su parte, el artículo 40 del RDC establece al efecto que *“el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, entre otras, las siguientes medidas cautelares tendentes a asegurar la eficacia de la resolución:*



a) Órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere.

b) Fianza de cualquier clase declarada bastante por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.”

El mismo precepto, en su segundo apartado, añade que “No se podrán dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales”.

Respecto a la adopción y al régimen jurídico de estas medidas cautelares, el artículo 41 del RDC dispone que:

*“Artículo 41. Adopción y régimen jurídico de las medidas cautelares*

1. La Dirección de Investigación, durante la fase de instrucción del procedimiento sancionador, podrá proponer al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de oficio o a instancia de los interesados, la adopción de medidas cautelares. Si las medidas cautelares hubieran sido solicitadas por los interesados, la Dirección de Investigación, en el plazo de dos meses a contar desde la presentación de la solicitud o, en su caso, de la adopción del acuerdo de incoación, elevará la propuesta al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, sin perjuicio de lo cual la petición sólo podrá entenderse desestimada por silencio negativo transcurrido el plazo máximo de tres meses, que se computará de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

2. Cuando durante la fase de resolución del procedimiento sancionador los interesados soliciten al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la adopción de medidas cautelares o éste considere que dicha adopción es necesaria, solicitará informe a la Dirección de Investigación sobre su procedencia. Si las medidas cautelares hubieran sido solicitadas por los interesados, la Dirección de Investigación elevará su informe en el plazo de dos meses a contar desde la petición de informe por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

3. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, una vez recibida la propuesta o, en su caso, el informe de la Dirección de Investigación oír a los interesados en el plazo de cinco días, transcurridos los cuales resolverá sobre la procedencia de las medidas.

4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de oficio o a instancia de los interesados, y previo informe de la Dirección de Investigación, podrá acordar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento sancionador, la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieran ser



*conocidas al tiempo de su adopción, concediendo a los interesados un plazo de 5 días para que aleguen cuanto estimen pertinente para la defensa de sus derechos e intereses.*

*5. Las medidas cautelares cesarán cuando se adopte la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que ponga fin al procedimiento y en ningún caso su propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación suspenderá la tramitación del procedimiento.*

*6. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en caso de incumplimiento de las medidas cautelares acordadas el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá imponer multas coercitivas que se regirán por lo dispuesto en el artículo 21 del presente Reglamento.”*

Conforme al artículo 16.2 de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, este Consejo es competente para adoptar las medidas cautelares que procedan.

### **SEGUNDO.- Propuesta elevada por el DI**

El objeto de la presente Resolución como pieza separada del expediente sancionador ES-02/2017 PARQUE CEMENTERIO DE FUENGIROLA, es resolver sobre la base de la propuesta elevada por el DI a este Consejo con fecha 14 de junio de 2017, y con base en la normativa y la doctrina expuestas en el Fundamento de Derecho anterior, la procedencia de imponer medidas cautelares en el expediente anteriormente citado. Tal y como se ha expuesto en el Antecedente de Hecho 1 de esta Resolución, la denunciante ha solicitado que se adopten las medidas cautelares consistentes en la cesación de las presuntas conductas infractoras. Dicha solicitud ha sido reiterada en escritos posteriores.

Por su parte, el DI, tras la realización de actuaciones de averiguación para verificar determinados aspectos relacionados con las medidas cautelares, ha elevado a este Consejo Informe por el que propone: *“De conformidad con las consideraciones expuestas, este Departamento de Investigación considera que en el presente caso se cumplen los requisitos exigidos para adoptar la orden de cesación solicitada por Servisa, prevista en el artículo 40.1.a) del RDC”.*

El Informe remitido debe entenderse propuesta de oficio, por el propio DI, una vez valorada la información recabada de las actuaciones efectuadas y que se contienen en el propio Informe elevado a este Consejo. En relación con la adopción de medidas cautelares, el artículo 41 del RDC contempla tanto la posibilidad de que las mismas sean adoptadas a petición de interesados o de oficio; en el supuesto aquí planteado, considera este Consejo que la propuesta es de oficio, ya que aun cuando ha habido



solicitud de medidas cautelares por parte de la denunciante, a juicio del DI, y tal como se desprende del expediente, no ha bastado la petición efectuada al respecto, sino que dado que en previsión de las garantías necesarias a favor de las entidades potencialmente afectadas por las medidas, se ha hecho necesaria la realización de actuaciones de investigación, que han dado como resultado la conclusión por parte del DI de la propuesta de medidas cautelares.

### **TERCERO.- Sobre los presupuestos para la adopción de medidas cautelares**

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia y, posteriormente, la Sala de Competencia de la CNMC ha desarrollado una doctrina<sup>1</sup> sobre los presupuestos subjetivos, materiales y formales que han de concurrir para la adopción de medidas cautelares, tomando como base su régimen jurídico.

De la aplicación de dicha doctrina al presente caso resulta que la adopción de medidas cautelares viene condicionada por el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se haya incoado el correspondiente expediente sancionador por el Departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía (principio de accesoriadad).
2. Que se aprecie *prima facie* en el expediente que las conductas objeto del mismo son anticompetitivas (principio de apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*).
3. Que esas conductas estén causando perjuicios al mercado, de tal modo que de no atajarse de forma inmediata, puedan objetivamente restar eficacia a la Resolución a dictar en el expediente principal (principio de peligro en la demora o *periculum in mora*).
4. Que exista una propuesta o un informe del Departamento de Investigación de Defensa de la Competencia de Andalucía, bien de oficio, bien a instancia de las partes, interesando la adopción de medidas cautelares.
5. Que se dé audiencia a los interesados (principio contradictorio).
6. Que se adopten en un plazo muy breve y con simplificación de trámites (procedimiento sumario y de urgencia).
7. Que las medidas adoptadas no ocasionen perjuicios irreparables, ni violen derechos fundamentales, pudiéndose, al efecto, exigir fianza al solicitante de las mismas (principio de equilibrio).

---

<sup>1</sup> Resoluciones del Consejo de la CNC de 26 de junio de 2012 (Expediente MC/006/12, Tanatorios de Coslada) y 24 de enero de 2013 (Expediente MC/007/12, Criadores de Caballos). Resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC de 7 de abril de 2014 (Expediente MC/009/13, Colegio de Abogados de Alcalá de Henares y de Madrid), 30 de abril de 2014 (Expediente MC/001/14, Criadores de Caballos 2) y 7 de abril de 2014 (Expediente MC/008/13, Yofarma vs Colegio de Farmacéuticos).





Por tanto, se debe valorar la pertinencia de la protección cautelar, analizando si concurren los presupuestos subjetivos, materiales y formales que establece la LDC.

Como primera consideración, este Consejo estima que concurren, en el presente caso, todos los presupuestos formales para adoptar medidas cautelares. Y ello es así, por cuanto el expediente en el que se inscribe esta pieza separada de medidas cautelares se encuentra incoado desde el 11 de enero de 2017, el DI ha propuesto en su Informe la adopción de tales medidas, y las partes han tenido la posibilidad de alegar al respecto.

Por consiguiente, se hace necesario analizar si concurren los requisitos sustantivos para la adopción de tales medidas.

El carácter de urgente de la adopción de las medidas cautelares debe apreciarse en relación con la necesidad de pronunciarse provisionalmente, a fin de evitar en lo posible que la parte afectada por la conducta presuntamente contraria a la LDC, sufra un perjuicio de muy difícil o imposible reparación.

En el análisis de los requisitos necesarios para que proceda la adopción de medidas cautelares, este Consejo debe pronunciarse sobre los presupuestos ya enumerados:

**a.- En relación al principio de accesoriadad.** El DI señala en su Informe que con fecha 11 de enero de 2017, el citado Departamento acordó la incoación de expediente sancionador al Ayuntamiento de Fuengirola y a Parcesam, por apreciarse indicios racionales de conductas prohibidas por el artículo 2 de la LDC, consistentes en la presunta denegación injustificada a la prestación de los servicios solicitados por Servisa.

Cabe recordar, a este respecto, lo señalado por el TDC en su Resolución de 24 de febrero de 1997, en el Expediente Mc 19/96, Aenor: *“En efecto, este principio significa que ha de existir un expediente sancionador que podría denominarse principal, de cuyo expediente resulta accesorio el de medidas cautelares. Pero este principio ni puede ni debe significar una mera interpretación formal que se limite a constatar simplemente la existencia de un expediente sancionador. El principio de accesoriadad no sólo tiene un carácter procesal sino que ha de significar igualmente que las medidas cautelares deben estar en relación con aquello que se dilucida en el expediente principal, pues de no ser así se les concedería a las medidas cautelares una sustantividad que habría de resultar improcedente. Ha de entenderse en consecuencia que para que no exista una infracción del principio de accesoriadad las medidas cautelares no pueden versar ni extenderse a cuestiones diferentes a las que se refiere el expediente principal”.*

En concreto, y en el supuesto que nos ocupa, la medida cautelar consistiría en ordenar al Parque Cementerio de Fuengirola, Sociedad Anónima Municipal (Parcesam) y al



Ayuntamiento de Fuengirola la cesación en la denegación injustificada a la prestación de los servicios de cementerio solicitados por Servisa.

Este Consejo considera que se cumple, en consecuencia, el presupuesto enunciado.

**b.- En relación a la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*)**. El DI señala en su Informe que cabe entender que concurre en este caso el requisito de apariencia de buen derecho respecto de las medidas cautelares solicitadas. En tal sentido, argumenta:

*“(...) para considerar inicialmente la concurrencia de unas conductas anticompetitivas, es preciso analizar por separado los elementos subjetivos y objetivos que las conforman.*

*Entre los elementos subjetivos se encuentra la condición de operador económico, sin cuya presencia no es posible calificar el comportamiento de un sujeto como anticompetitivo. El apartado 1 de la Disposición adicional cuarta de la LDC configura dicha condición a partir de la definición de empresa:*

*“1. A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.”*

*Ello significa que la participación en el mercado, mediante el ejercicio de una actividad económica, es suficiente para atribuir a una entidad el carácter de operador económico, prescindiendo de la naturaleza pública o privada de la misma. Por tanto, Parcesam tiene la consideración de empresa a estos efectos, en la medida en que interviene en el mercado de los servicios de cementerio en Fuengirola, y esta circunstancia la hace susceptible de atribuirle la calificación de sujeto infractor, según prevé el artículo 61.1 de la LDC.*

*Por otra parte, la capacidad de infracción del Ayuntamiento de Fuengirola deriva del control que este ejerce sobre Parcesam, siendo en consecuencia de aplicación lo dispuesto en el artículo 61.2 de la LDC:*

*«2. A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.»*

*En suma, aceptada la capacidad de infracción de Parcesam y del Ayuntamiento de Fuengirola, también les son atribuibles, de un lado, las sanciones que pudieran declararse en la Resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, y, de otro, las medidas cautelares que pudieran adoptarse para garantizar la eficacia de aquella.*

*En relación con los elementos objetivos de las conductas presuntamente anticompetitivas, conviene aclarar que, frente a lo alegado por el Ayuntamiento de*



*Fuengirola, no constituye el objeto del presente expediente sancionador su actuación como órgano regulador de la actividad funeraria, materializada en la aprobación de la Ordenanza reguladora de los servicios funerarios, sino en su conducta como operador económico mediato de los servicios de cementerio, instrumentada a través de una Sociedad Anónima municipal.*

*Los hechos sobre los que se asientan las conductas anticompetitivas son reconocidos por el propio Ayuntamiento: los servicios de inhumación y cremación de personas fallecidas en el término municipal de Fuengirola únicamente pueden ser contratados con Parcesam por empresas funerarias que hayan obtenido la autorización de dicho Ayuntamiento. A esta restricción opone el Ayuntamiento la libertad de contratación con Parcesam de los servicios de tanatorio y de cremación de personas fallecidas fuera del término municipal por cualquier funeraria, esté autorizada o no por el Ayuntamiento de la localidad para la prestación de los servicios funerarios en la misma. Servisa considera, en cambio, que Parcesam le ha negado incluso la prestación del servicio de cremación para personas fallecidas fuera del término municipal, obligándole a solicitarla a través de una funeraria autorizada en Fuengirola.*

*La apariencia de buen derecho de Servisa de solicitar y obtener los servicios de cementerio para las personas fallecidas es negada por el Ayuntamiento de Fuengirola, que considera que para ello es preceptivo contar con su autorización, cumpliendo con los requisitos exigidos por la Ordenanza, que son similares a los establecidos por otros Ayuntamientos “donde la denunciante viene operando con autorización municipal”. Dicha autorización, considera el Ayuntamiento de Fuengirola, es consecuencia del ejercicio de las competencias establecidas en el artículo 25.K) de la Ley 7/1985, y normativa complementaria: Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, y Decreto 95/2001, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria. A partir de esta normativa, invoca el artículo 4 de la LDC, por entender que la restricción aplicada tiene amparo en una Ley y que esta circunstancia da lugar a que las citadas conductas no puedan ser calificadas como anticompetitivas.*

*El artículo 25.K) de la Ley 7/1985, establece:*

*«2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:*

*[...]*

*k) Cementerios y actividades funerarias.»*

*Por su parte, el artículo 4 de la LDC dispone:*

*«1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.*



*2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.»*

*Si ambas disposiciones se ponen en conexión, se obtiene como primera conclusión que el Ayuntamiento de Fuengirola está habilitado legalmente para ejercer sus competencias en materia de cementerios y funerarias, pudiendo aprobar las Ordenanzas correspondientes. Ahora bien, esta competencia no legitima la aplicación de conductas anticompetitivas por el mero hecho de estar previstas en tales Ordenanzas.*

*Una recta interpretación del artículo 4.1 de la LDC tiene como premisa la existencia de una conducta antijurídica, es decir, contraria a las prohibiciones establecidas en sus tres artículos precedentes, pero que queda exenta por venir contemplada expresamente en una norma con rango de Ley. Sin embargo, la restricción aplicada por el Ayuntamiento de Fuengirola y por Parcesam a las empresas funerarias no autorizadas en la localidad no está prevista en una norma de rango legal, sino reglamentario, y por ello no puede beneficiarse del régimen de exención dispuesto en el citado artículo 4.1. Así pues, según el mencionado artículo 4.2, la prohibición establecida en el artículo 2 puede tener como destinatario tanto al Ayuntamiento de Fuengirola como a Parcesam.*

*Tampoco cabe obviar que el artículo 25.K) de la Ley 7/1985, debe ser interpretado de forma sistemática, es decir, como una parte del ordenamiento jurídico, guardando coherencia con el resto de normas. (...)*

En relación a este presupuesto, se trata de la aparente existencia de unos hechos que *prima facie* pueden ser subsumidos en una de las infracciones tipificadas por la LDC, de ahí que se exija la existencia de un expediente sancionador, que, por otro lado, el DI solo puede incoar cuando se observan indicios racionales de conductas prohibidas (*fumus delicti commissi*). A este respecto, conviene mencionar, respecto de la adopción de la medida cautelar de suspensión y el requisito aquí analizado, que el Auto del Tribunal Supremo 4417/2012, en el recurso nº 313/2012, de 8 de mayo de 2012, fundamenta en relación a esta condición: *“De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 Ley de la Jurisdicción de 1956, cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado fumus bonis iuris o apariencia del buen derecho respecto de la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990. Esta resolución proclama lo que llama “derecho a la tutela cautelar”, inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, “lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)”. Y esta fuerza*



*expansiva del artículo 24.1 CE viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón".*

Igualmente, citaremos que ya el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en su Resolución de 27 de julio de 1998, (expediente MC 27/98, Igualatorio Médico Vizcaya), consideraba en cuanto a este presupuesto, que debe tenerse en cuenta que “[E]n relación con el requisito de la apariencia del derecho, las características del procedimiento de medidas cautelares de la LDC produce que la apariencia haya que centrarla en dos extremos: tanto en el hecho de que “prima facie” exista una aparente vulneración de las prohibiciones contenidas en la Ley (“fumus delicti commissi”), como en el hecho de que exista un derecho aparente de la posible víctima de la infracción (“fumus boni iuris”). Esta concurrencia es una consecuencia de las características del procedimiento en materia de defensa de la competencia en el que se defienden intereses públicos tales como el respeto a la libre competencia y al libre comportamiento del mercado, pero también existen con frecuencia intereses particulares en conflicto a los que se les puede conceder la protección provisional que implican las medidas cautelares. Por lo tanto cuando unas medidas cautelares se soliciten por una parte y en su interés -que deberá coincidir con el interés público- también deberá acreditarse que existe una apariencia de derecho del solicitante”.

En consecuencia, basta con que exista una razonable probabilidad de que las conductas denunciadas, que habrán de enjuiciarse en la resolución final, sean ciertas y constituyan infracción de la LDC.

Por consiguiente, entiende este Consejo, tal como viene declarado en numerosas resoluciones de las autoridades de competencia, supone un juicio semejante al que lleva a ordenar la incoación del expediente, de ahí que la incoación del expediente principal suponga una presunción de la existencia del *fumus boni iuris*. Visto todo ello, este Consejo no tiene más que concluir que este presupuesto concurre en el presente caso.

Para este Consejo, igualmente, esta apreciación aparece reforzada teniendo en cuenta que el DI, aun cuando tales medidas fueron solicitadas desde un principio por la denunciante, es en este momento, y en vista de todas las circunstancias concurrentes en el momento procedimental actual, así como de todas las actuaciones de investigación efectuadas, en garantía de los denunciados, cuando el DI eleva su Informe y propone la adopción de las mismas.

**c.- Respecto del *periculum in mora***. El DI considera que se cumple este requisito, argumentando: “(...) *dado que el expediente sancionador puede prolongarse por un plazo de dieciocho meses desde su incoación, de conformidad con lo previsto en el*



*artículo 36.1 de la LDC, cabe presumir, a tenor de las alegaciones realizadas, que la conducta del Ayuntamiento de Fuengirola y de Parcesam de no prestar los servicios de inhumación y cremación a personas fallecidas en el término municipal de Fuengirola cuando fueran solicitados por empresas funerarias que no hayan obtenido la autorización de dicho Ayuntamiento se mantendría firme durante tal período. Ello provocaría un doble riesgo para la eficacia de la Resolución que ponga fin al presente expediente sancionador: con respecto a los familiares de las personas fallecidas, el mantenimiento de la situación actual favorecería que se vieran obligadas a cambiar la funeraria inicialmente elegida cuando esta, pese a contar con una autorización municipal, no dispusiera de la correspondiente al Ayuntamiento de Fuengirola, incrementando los trámites y las molestias en un trance en el que, por la situación emocional de los afectados, todos esperan pasar en el menor tiempo posible; en cuanto a la empresa funeraria limitada en el ejercicio de su actividad, la conservación de dicha restricción, además de incidir en su reputación comercial por el efecto negativo que produciría en sus clientes, beneficiaría a las empresas competidoras en el mercado de servicios funerarios de Fuengirola”.*

Este presupuesto, en palabras del legislador, medidas "necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte", viene configurado por el peligro de infructuosidad y el peligro de tardanza, recogido, sin duda, en las medidas cautelares que prevé el artículo 54 de la LDC. En tal sentido, el peligro debe actuar como fundamento de la cautela, a la vez que como criterio delimitador de la misma, por lo que deben ser precisadas las razones por las que se teme que la demora en adoptar la resolución final ponga en peligro su eficacia, así como la idoneidad de las medidas propuestas para evitar aquel peligro, asegurando la operatividad de la resolución final.

Por consiguiente, toda pretensión de medida cautelar debe estar fundamentada en que sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento de la pretensión fundamentada, atendiendo en cuanto a su consideración a la urgencia para evitar que la demora en la resolución del expediente principal cause perjuicios apreciables. La medida cautelar, por tanto, intenta salvaguardar que la futura resolución pueda ser cumplida, y que su pronunciamiento tenga un efecto útil, soslayando que se produzcan situaciones irreversibles.

En este mismo sentido, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido (entre otras, STC 238/92, de 17 de diciembre) que las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho.

En este sentido, este Consejo considera que el peligro en la demora por la tramitación de un expediente sancionador, estaría presente cuando la no adopción de la medida cautelar solicitada pueda comportar que, en el momento en que se dicte la resolución



y a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el presente caso, los efectos de la conducta denunciada sobre la competencia sean de difícil o imposible reparación. En referencia a ello, el DI señala una serie de cuestiones significativas, reproducidas anteriormente.

En la Resolución del TDC de 18 de julio de 1996 (Expte. Mc 10/96, Airtel-Telefónica), se fundamenta: *“La especificación de medidas que con carácter preferente señalan los apartados a) y b) del repetido art. 45 LDC<sup>2</sup>, aunque no limitativas, según quedó antes precisado, ponen de relieve la preocupación del legislador por la protección no sólo del interés público en el ejercicio de la competencia, sino también el de intereses privados en tanto en cuanto estos resulten afectados por un acto realizado en todo o en parte del mercado nacional contrario a la libre competencia y con dimensión suficiente para provocar afectación del interés público. Dicho con otras palabras, si el acto es contrario al interés público de la competencia y afecta a su vez intereses privados, también resultarán protegidos éstos”.*

En igual sentido, en la Resolución MC/0007/12 CRIADORES DE CABALLOS de 24 de enero de 2013, el Consejo de la CNC afirmaba que *“[E]n este sentido, debe recordarse que las medidas cautelares pueden ser anticipatorias de la Resolución y no meramente conservativas. Es decir, aquéllas que tratan de provocar la satisfacción anticipada de la pretensión sin tener que esperar al fallo definitivo. “En estos casos el peligro de mora no es tanto el riesgo de que se sobrevenga una circunstancia que impida la futura ejecución o la convierta en inútil, como sería predicable de aquellas medidas puramente conservativas, sino de poner fin a un daño efectivo en el derecho protegido o, si se quiere, evitar el peligro de que ese daño aumente...” (Entre otros, Auto 162/2012, de 23 de noviembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección nº 28). En línea con ello, el artículo 40 del RDC contempla la adopción de órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere”.*

Del análisis circunstanciado del caso que nos ocupa, este Consejo considera que se cumple el presupuesto analizado.

**d.- Respecto al resto de requisitos.** Los requisitos procedimentales también se han cumplido en este caso, como ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto con anterioridad. En lo relativo al **principio contradictorio**, el DI ha elaborado el Informe, teniendo en cuenta las alegaciones de las partes interesadas; también se ha informado a los interesados, posibilitando el que pudieran presentar alegaciones. Las actuaciones de verificación preliminar por el DI, se han hecho en el menor tiempo posible, teniendo en cuenta las circunstancias del caso que nos ocupa (**procedimiento sumario y de urgencia**). Este Consejo considera, además, que el DI ha sido cauteloso en cuanto a preservar las garantías de los denunciados.

---

<sup>2</sup> Actual artículo 54 de la LDC.



Finalmente, en cuanto al **principio de equilibrio**, el DI pone de manifiesto en su Informe que frente a los riesgos que conlleva el mantenimiento de la situación actual, la posibilidad de permitir a las empresas funerarias autorizadas en otros municipios el desarrollar su actividad plenamente en Fuengirola no implica la violación de derechos fundamentales, ni tampoco parece que pudiera provocar un eventual daño irreparable, en la medida en que el Ayuntamiento puede hacer uso en todo caso de sus funciones de control para verificar que los servicios funerarios (entre otros, transporte y sala-velatorio) se prestan adecuadamente. Además, esta medida contribuiría a la labor de promover una eliminación de trabas que garantice la libre prestación de los servicios funerarios, como ya puso de manifiesto la autoridad nacional de defensa de la competencia<sup>3</sup>.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, este Consejo considera que también se darían los requisitos aquí analizados.

### **CUARTO.- Sobre las alegaciones**

Con fechas 28 de julio y 9 de agosto de 2017, tuvieron entrada en el Registro de la ADCA, escritos de alegaciones remitidos por Servisa y por el Ayuntamiento de Fuengirola, respectivamente.

En el escrito de Servisa, se pone de manifiesto la adhesión a lo manifestado por el DI en su Informe de 14 de junio de 2017, en el que se propone la adopción de medidas cautelares, argumentando que se dan los presupuestos para tal adopción.

En el escrito de alegaciones del Ayuntamiento de Fuengirola, se manifiesta que reitera en su primer apartado dedicado al “*FUMUS BONI IURIS*”, las cuestiones expuestas por el mismo en el trámite de alegaciones concedido en el procedimiento sancionador. Considera, además, que no existe ningún monopolio pues PARCESAM presta un servicio público, necesario y distinto a los funerarios que son brindados por los profesionales de dicha actividad.

Manifiesta que la denunciante cumple con los requisitos de otras Ordenanzas municipales como las de Málaga y Marbella, y que “*Podría tacharse incluso de táctica empresarial malintencionada la actuación que ha derivado en el presente expediente*”, adjuntando a su escrito copias de dichas Ordenanzas.

Considera que el DI yerra cuando afirma en su Informe que el Ayuntamiento ha reconocido las conductas anticompetitivas, al considerar que no ha existido ningún reconocimiento por parte del Ayuntamiento, sino que lo que se hace es ejercer una competencia municipal.

---

<sup>3</sup> Resolución de 26 de junio de 2012, de adopción de medidas cautelares ((Expte. MC/0006/12, Tanatorios de Coslada).





## Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía

Dentro del segundo y último apartado de su escrito de alegaciones, dedicado al “*PERICULUM IN MORA*”, muestra su desacuerdo con la inclusión en el Informe del DI de unos “*supuestos hechos acaecidos el pasado 9 de marzo del año en curso*”.

En cuanto a las mencionadas alegaciones, y sin entrar en valoraciones que habrán de hacerse en el momento procedimental de la Resolución del expediente, este Consejo se remite a lo manifestado en la fundamentación de la presente Resolución, considerando que se da con ella contestación, y se argumenta adecuada y extensamente sobre los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, y el porqué del sentido de la presente Resolución.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los de general aplicación, este Consejo de Defensa de la Competencia

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Adoptar la medida cautelar por la que se ordena al Parque Cementerio de Fuengirola, Sociedad Anónima Municipal, y al Ayuntamiento de Fuengirola la cesación, solicitada por Servisa, de las presuntas conductas infractoras, con la finalidad de garantizar la eficacia de la Resolución que en su día se dicte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 de la LDC.

Se comunica asimismo que, en aplicación de lo previsto en el artículo 41.6 del RDC, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en caso de incumplimiento de las medidas cautelares acordadas, este Consejo podrá imponer multas coercitivas que se regirán por lo dispuesto en el artículo 21 del RDC.

Notifíquese esta Resolución al Departamento de Investigación, y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponerse el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.