

RESOLUCIÓN (Expt. 650/08, Funerarias Baleares)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 3 marzo de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejero ponente D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 650/08, Funerarias Baleares, iniciado en virtud de denuncia formulada por D. XXX en representación de la Asociación de Agencias Funerarias de Baleares (en adelante, Asociación) y de D. XXX, en representación de Lloret Ortega, Servicios de Pompas Fúnebres Sóller, S.L. (en adelante, Lloret Ortega) contra el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, la Empresa Funeraria Municipal (en adelante EFMSA) y el Ayuntamiento de Sóller, por supuestas conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), actualmente artículo 2 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 16 de julio de 2008 se recibe en la CNC el expediente tramitado por la Dirección de Investigación con el número 2624//05, en que se propone que se declare que EFMSA ha cometido una infracción del artículo 6 de la LDC consistente en valerse de su posición de dominio en los mercados de prestación de servicios de cementerio de Palma de Mallorca y Marratxí para proteger su situación de única empresa funeraria en Palma de Mallorca de la presión competitiva que ejercen sobre ella tanto Lloret Ortega como cualquier otro competidor real o potencial que desee realizar servicios funerarios que tengan su origen en Palma de Mallorca, así como que se declare igualmente

responsable de esa infracción del artículo 6 de la LDC al Ayuntamiento de Palma de Mallorca, propietario del capital íntegro de la EMFSA, a quien gobierna a través del Pleno del Ayuntamiento y del titular de la Concejalía de Sanidad o Infraestructuras, como Presidente de EFMSA.

2. El 28 de julio de 2008, el Pleno de la CNC acuerda su admisión a trámite, nombra Ponente y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 de la LDC acordó ponerlo de manifiesto a los interesados para que puedan proponer las pruebas que estimen necesarias y la celebración de vista.

3. El 26 de agosto de 2008, se recibe escrito del Ayuntamiento de Palma de Mallorca proponiendo la celebración de vista.

4. El 28 de agosto de 2008, EFMSA solicita la práctica de los medios de pruebas que estimó oportunos.

5. El 2 de septiembre de 2008, EFMSA comunica que se ha producido error en su anterior solicitud y corrige la misma.

6. El 24 de septiembre de 2008, se dicta Acuerdo de prueba y vista.

7. El 29 de septiembre de 2008, se solicita que debe cumplimentarse el apartado tercero de la parte dispositiva del Acuerdo en un plazo de 10 días.

8. El 16 de octubre de 2008, EFMSA solicita la ampliación del plazo concedido.

9. El 23 de octubre de 2008, se concede la ampliación de plazo solicitada por EFMSA.

10. El 27 de octubre de 2008, EFMSA comunica por vía de fax los servicios funerarios celebrados en el período 2003 a 2007 inclusive.

11. El 30 de octubre de 2008, EFMSA comunica los servicios funerarios celebrados en el período 2003 a 2007 inclusive anticipado anteriormente por vía de fax.

12. El 10 de noviembre de 2008, se dicta Acuerdo para valoración de prueba.

13. El 1 de diciembre de 2008, se recibe escrito de la Asociación y de Lloret Ortega comunicando que los resultados de las cifras de ventas por servicios

funerarios de EFMASA arrojan cifras que no coinciden con datos publicados en la Memoria de Secretaría del Ayuntamiento de Palma de Mallorca.

14. El 9 de enero de 2009, se dicta Acuerdo para la celebración de vista fijándose la misma el 27 de enero de 2009.

15. El 27 de enero de 2009 se celebra la vista solicitada.

16. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este asunto en su reunión de 18 de febrero de 2009.

17. Son interesados:

- Asociación de Agencias Funerarias de Baleares.
- Lloret Ortega, Servicios de Pompas Fúnebres Sóller, S.L.
- Ayuntamiento de Palma de Mallorca.
- Empresa Funerarias Municipal, S.A.

HECHOS PROBADOS

1. El Tribunal de Defensa de la Competencia (por ejemplo, en el Informe sobre la concentración C-85/04, Intur/Euro Stewart), se refiere a los servicios mortuorios incluyendo las actividades desde el fallecimiento de una persona hasta el momento en que recibe sepultura o es incinerada, pudiendo diferenciarse como mercados separados los Servicios Funerarios (entre otros, el traslado de cadáveres fuera del término municipal), los de Tanatorio y los de Cementerio. Estos servicios son eminentemente locales.

2. En el caso de Palma de Mallorca la disposición que ordena la materia es la Ordenanza Reguladora de los Servicios Funerarios, aprobada por acuerdo del Ayuntamiento el 24 de diciembre de 1996, modificada el 25 de mayo de 2002 y más tarde el 11 de febrero de 2007. En el caso de Sóller, la disposición es el Reglamento de prestación de servicios funerarios aprobado por el Ayuntamiento el 4 de febrero de 2005.

3. EFMSA se creó el 11 de junio de 1992, siendo su capital público y su objeto social la prestación de Servicios Funerarios y de Cementerios y las actividades relacionadas dentro del más amplio concepto de los denominados servicios mortuorios. El gobierno y administración de EFMSA corresponde a la Junta General (el Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca es su

órgano soberano, siendo su presidente una Concejalía del Ayuntamiento), el Consejo de Administración nombrado por el Pleno, y la Dirección o Gerencia nombrado por el Consejo.

4. La funeraria Lloret Ortega presta servicios funerarios desde el siglo XIX y por cambio del domicilio social solicitó la licencia de prestación de servicios que fue concedida el 11 de octubre de 1994. El 30 de noviembre de 1995 tuvo una visita de comprobación de las instalaciones, apreciándose la necesidad de introducir medidas correctoras en un plazo marcado, que la empresa llevó a cabo, por lo que mantiene su actividad como empresa funeraria. En diciembre de 2003 el Ayuntamiento de Sóller inició expediente contra Lloret Ortega por la posible caducidad de la licencia, por aplicación de la Disposición Final Tercera del Reglamento de prestación de servicios funerarios de 4 de febrero de 2005, habiéndose interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el mismo, no teniéndose constancia hasta la fecha de su resolución. Por otra parte, la Asociación de Agencias Funerarias de Baleares (Asociación, hoy AFIBA) forma parte de la asociación nacional AFUES y agrupa a las funerarias de Mallorca (excepto EFMSA) y de Menorca.

5. El Real Decreto-Ley 7/1996 liberalizó la prestación de servicios funerarios, anulando la autorización de los servicios mortuorios a favor de los entes locales.

6. La Asociación y la empresa Pompas Fúnebres de Manacor, S.A. presentaron recurso contra la Ordenanza Reguladora de los Servicios Funerarios ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Baleares. El recurso fue estimado parcialmente en Sentencia de 14 de abril de 2000, al considerar que de la expresión de que “la prestación del servicio de recogida, conducción y traslado de cadáveres dentro del término municipal de Palma de Mallorca y desde éste a otros lugares, solamente podrá realizarse por empresa que cuente con las licencias de instalación y funcionamiento otorgadas por este Excmo. Ayuntamiento” no era conforme a derecho el inciso “...y desde éste a otros lugares...” por considerar que “...cuando el servicio funerario a realizar en un municipio (en este caso Palma) se limita a la recogida del cadáver fallecido en el mismo, no se pueden exigir requisitos de autorización o licencia equivalentes a los exigibles a las empresas establecidas en esta ciudad ya que si así se hace, se atenta contra la disposición legal que impone la liberalización de los servicios funerarios...” dando lugar a que se eliminara la expresión “y desde éste a otros lugares...”. Además la Sentencia llevó a que en Auto de 26 de

febrero de 2001 de ejecución de la Sentencia anterior, se precisara que el concepto de “recogida del cadáver” comprende “la recogida en condiciones que cumpla la policía mortuoria”, es decir, incluye en el mismo el acondicionamiento sanitario, enferetramiento y demás actividades indispensables”, ya que en otro caso “nula será la liberalización de los servicios funerarios”, si ello sólo sirve para liberalizar el simple transporte.

7. El 27 de junio de 2003, el Director Gerente de EFMSA comunicó a un receptor desconocido, que de acuerdo con la Ordenanza de Servicios Funerarios publicada el 11 de febrero de 1997, el acondicionamiento de cadáveres únicamente puede realizarse en locales legalmente establecidos según la licencia municipal expedida por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, indicándole que en este momento, únicamente se pueden realizar las actividades indicadas en tanatorios de EFMSA. Por otra parte, el 27 de diciembre de 2003, EFMSA comunicó al Servicio de Vigilancia del Instituto Anatómico Forense que está terminante prohibido el arreglo de difuntos en instalaciones, por cualquier personal que no sea de EFMSA, debiéndose comunicar en caso de incumplimiento la matrícula del vehículo y el nombre o empresa que practique este servicio. Según los denunciantes, la sede del Servicio de Patología del Instituto de Medicina Legal es titularidad del Ayuntamiento de Palma y por convenio con el Ministerio de Justicia, se gestiona por EFMSA.

8. El 26 de enero de 2004, la Concejalía de Sanidad del Ayuntamiento de Palma, remitió escrito a los hospitales, clínicas y residencias radicadas en Palma recordando que “únicamente pueden realizar actividades de servicios funerarios, las empresas que cuenten con la preceptiva licencia otorgada por el Ayuntamiento en el que realicen tales servicios. No obstante lo anteriormente indicado, empresas en posesión de licencia otorgada por el Ayuntamiento en el que radiquen, podrán realizar transporte de cadáveres, desde el municipio en que se halle el cadáver, hasta el que debe inhumarse o incinerarse no pudiendo dichas empresas, con la ocasión de la realización del servicio de transporte de cadáveres, realizar en municipio en el que no dispongan de licencia, servicio funerario alguno que no consista exclusivamente el transporte de cadáveres”. Además en el escrito se indica que “las empresas funerarias no ubicadas en el término municipal de Palma, únicamente podrán realizar el transporte de cadáveres desde ese Hospital al cementerio en el que deban inhumarse siempre y cuando consten con la correspondiente licencia otorgada en el Municipio en el que radican...”, por lo que esta Concejalía solicita su colaboración al objeto de que se impidan “actividades ilegales (realización en el término municipal de Palma de

actividades de acondicionamiento de cadáveres y subsiguiente enferetramiento por parte de empresas que no cuenten con licencia otorgada por el Ayuntamiento de Palma y en lugares que no cuenten con licencia específica para ello o realización de actividad de transporte de cadáveres por entidades que no cuenten con licencia de actividad otorgada por el Municipio en el que radican... ”

9. El 10 de junio de 2004, EFMSA, envió escritos a Ayuntamientos de Capdepera y de Sant Joan solicitando que comunicaran las licencias municipales otorgadas por esos Ayuntamientos para la realización de actividades funerarias.

10. En el término municipal de Marratxí existen un cementerio público municipal, gestionado directamente por el Ayuntamiento y un cementerio privado “Bon Sosec”, gestionado según convenio por EFMSA. Además, existe un único tanatorio en el cementerio de este último.

El 19 de julio de 2004, la Policía Local de Marratxí informó de que había recibido una llamada en la que comunicaban que un difunto traído al cementerio de Bon Sosec para ser incinerado le impedían su acceso, por lo que personada dicha Policía en el cementerio, un agente encargado de la seguridad, les impidió acceder por no ser de la funeraria de Palma. Igualmente, el 12 de agosto de 2004, se personó un notario en el cementerio de Bon Sosec, a instancias de Seguros Lloret, que constató que en un traslado de un cadáver, se le negó la posibilidad de dejarlo en la cámara de refrigeración para su posterior incineración, por carecer Lloret Ortega de la licencia del Ayuntamiento de Palma que le acredite poder trabajar en el término municipal, tal y como establece la ordenanza actual vigente de este término, si bien en este caso y para evitar el efecto perjudicial para la familia, se autorizó la entrada del mismo en la cámara. Más tarde, el 2 de septiembre de 2004, se personó un notario en el cementerio de Bon Sosec a instancias de Seguros Lloret, constando en el acta que no se había permitido depositar un cadáver en sus instalaciones hasta que tras reiteradas negativas, el Gerente del cementerio, les permitió entrar.

Posteriormente, el 19 de diciembre de 2005, a instancias de la entidad Seguros Lloret, un notario hace constar en acta que el Gerente del cementerio de Bon Sosec deniega el acceso de un féretro, ya que por carta certificada de 3 de mayo de 2005, se le había enviado una circular a la compañía de seguros del requirente, donde constaba que se necesitaba autorización de EFMSA. Ese mismo día, Lloret Seguros denuncia ante la

Jefatura Superior de Policía de Baleares que por orden del Gerente de EFMSA se había denegado el acceso de un fallecido transportado por Lloret Ortega al cementerio de Palma.

11. El 4 de octubre de 2004 el Director Gerente de EFMSA comunicó a Lloret Seguros que algunas empresas vienen prestando servicios funerarios sin estar en posesión de la pertinente licencia de funcionamiento otorgada por el Ayuntamiento de Palma. Por ello, no debe permitirse el acceso de esa empresa a sus instalaciones con comunicación a la Concejalía de Sanidad.

Igualmente, el 13 de enero de 2005, EFMSA comunicó a Lloret Seguros que se ha conocido su prestación de Servicios Funerarios con origen y destino en el término municipal de Palma por empresas que carecen de la pertinente Licencia Municipal de Apertura y Funcionamiento expedida por el Ayuntamiento de Palma.

12. El 21 de enero de 2005, la Concejalía de Sanidad del Ayuntamiento de Palma de Mallorca recordó a la Residencia Oasis que la vigente Ordenanza Municipal de Servicios Funerarios impone la necesidad de tener Licencia concedida en el Municipio donde radican, para efectuar servicios funerarios de recogida y transporte de cadáveres para trasladarlo a otros Municipios, no pudiendo con ocasión de la realización de dichos servicios “efectuarse práctica mortuoria alguna (acondicionamiento de cadáveres) en ese centro.... y como quiera que en ese centro se vienen recogiendo actividades funerarias de recogida de cadáveres para su inhumación en este Municipio, por empresas que carecen de la correspondiente Licencia otorgada por el Ayuntamiento de Palma, le ruego tome las medidas oportunas en orden a impedir las”.

El 25 de enero de 2005, la Presidenta de la EFMSA comunicó al Ayuntamiento de Palma de Mallorca que había comprobado que Lloret Ortega había realizado servicios funerarios con origen y destino en este término municipal, sin que dicha empresa disponga de la pertinente licencia municipal otorgada por ese Ayuntamiento, por lo que después de los trámites pertinentes, se acuerde la incoación a la funeraria Lloret Ortega del expediente o expedientes sancionadores que procedan y se abstenga de realizar servicios funerarios con origen y destino en Palma de Mallorca, hasta que tenga la Licencia Municipal que faculte para ellos.

El 9 de mayo de 2005, el Departamento de Sanidad y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Palma comunicó a Lloret Ortega que realizaba servicios

funerarios con origen y destino de Palma sin disponer de la preceptiva licencia municipal.

Por otra parte, el 9 de diciembre de 2005 un notario certificó que el Director Gerente de la EFMSA impidió a la funeraria Lloret Ortega el acondicionamiento de dos fallecidos en el cementerio municipal de Palma, sobre la base de que los fallecidos eran residentes en Palma, por lo que el servicio debía prestarse en esta ciudad y por una empresa que cumpliera con la ordenanza municipal.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la CNC y declara extinguidos el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición Transitoria Primera, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

2. La Concejalía de Sanidad e Infraestructura, según el momento de que se trate, asume la Presidencia de EFMSA, por lo que actúa como operador económico en los servicios mortuorios. Así, la solicitud realizada por la DI al Ayuntamiento de Palma de Mallorca para que informaran de la normativa sobre estos servicios, fue contestada por EFMASA por considerarse responsable de la misma.

EFMASA opera el único cementerio (con crematorio y tanatorio) en Palma de Mallorca y el cementerio de Bon Sosec (con el único tanatorio) en Sóller, por lo que EFMASA tiene posición de dominio en el mercado de servicios mortuorios.

En el expediente se comprueba que en las cartas dirigidas a los centros donde se producen los fallecimientos en 2004 y 2005, en particular la carta de 26 de enero de 2005, señalan que las empresas que deseen realizar los servicios de transporte de cadáveres desde el municipio de Palma de Mallorca a otros municipios por empresas distintas de EFMSA, requieren de licencia por parte de los ayuntamientos donde radiquen, siguiendo lo dispuesto en la STSJ de Baleares de 14 de abril de 2000. Sin embargo, la no inclusión en estos servicios de la recogida y acondicionamiento de cadáveres,

resulta contrario a lo dispuesto en el Auto de 26 de febrero de 2001 de ese Tribunal, ya que el mismo debe incluir tanto el acondicionamiento, como el enferretramiento y demás actividades indispensables para cumplir con la normativa. La interpretación realizada por EFMSA y el Ayuntamiento en sus misivas, según el Consejo, trata de favorecer la posición de dominio de EFMSA y restringe las actividades de competidores reales o potenciales de la misma. Así se evidencia en las cartas de la Concejalía de 26 de enero de 2004 (“...empresas sanitarias en posesión de licencia otorgada por el ayuntamiento en el que radiquen, podrán realizar transporte de cadáveres, desde el municipio en el que se halle el cadáver, hasta el que deban inhumarse o incinerarse, no pudiendo dichas empresas, con la ocasión del servicio de transporte de cadáveres realizar en municipio en el que no dispongan de licencia, servicio funerario alguno que no consista exclusivamente en el transporte de cadáveres”) y en la carta a la Residencia Oasis de 21 de enero de 2005 (en el sentido de que adopten las medidas oportunas, de forma que “las empresas funerarias legalmente constituidas en los Municipios que radican y que están en posesión de la pertinente Licencia Municipal, pueden realizar servicios funerarios de recogida y transporte de cadáveres de fallecidos en ese centro sanitario para enterrarlos en otros Municipios, no pudiendo con ocasión de la realización de dichos servicios, efectuarse práctica mortuoria alguna (acondicionamiento de cadáveres) en ese centro...”).

Las medidas reseñadas suponen una estrategia del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, para favorecer a EFMSA, de forma que pueda mantener el monopolio de empresa de servicios mortuorios encargada de la prestación de sus servicios con origen en Palma de Mallorca frente a otros competidores. No hay otras empresas que tengan licencia para operar en dicho Ayuntamiento y a las que pretenden recoger a los fallecidos en el mismo para transportarlos a otros cementerios donde sí pueden operar, se les obstaculiza la actividad dificultando su entrada al otro cementerio que EFMSA gestiona en Marratxi. Tal como se exponía en los hechos Probados EFMSA gestiona el único cementerio con crematorio y tanatorio que opera en Palma de Mallorca y también el cementerio de Bon Sosec en Marratxi, el cual tiene el único tanatorio en ese municipio. Los obstáculos a la entrada de Lloret Ortega, no sólo estarían dirigidos a evitar su competencia, sino también a mantener su posición como única empresa encargada de la prestación de servicios funerarios con origen en Palma frente a otros competidores.

El Consejo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 16/1989, considera que la conducta de una empresa, en este caso EFMSA, es también

imputable a la que la controla, el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, porque el comportamiento de aquella está determinado por ésta. Por tanto, en este caso debe declararse que existe una corresponsabilidad de EFMSA y el Ayuntamiento de Palma de Mallorca.

3. Durante la tramitación del expediente y en el acto de la vista del mismo se alegó la caducidad del expediente. Las fechas que inciden en esta cuestión son las que a continuación se relacionan. El acuerdo de incoación del expediente es de fecha 17 de julio de 2007 y la remisión del expediente al extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (actual Comisión Nacional de la Competencia) se produjo el 15 de julio de 2008. La forma de computar este plazo de caducidad se encuentra en el artículo 56.1 de la Ley 16/1989, de 3 de julio, que establece que el plazo de doce meses será el que va desde la iniciación formal del expediente hasta su remisión al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Sobre esta cuestión ha habido distintos pronunciamientos jurisdiccionales. Entre otros, la Sentencia de fecha 28 de febrero de 2005 (recurso 134/02) de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que afirma: “Sin embargo, la interpretación que efectúa el demandante no está autorizada por el artículo 56 LCD, que establece claramente, como fecha final del cómputo del plazo de 18 meses de instrucción ante el SDC la fecha de remisión del expediente por el SDC al TDC. Ante la claridad de preceptos, no es posible contar entonces el plazo de 18 meses que nos ocupa como hace la recurrente hasta la fecha de notificación de la providencia de admisión a tramite del TDC”. Este Consejo concluye que la situación es la misma, aunque el plazo aplicable sea de 12 meses en virtud del cambio legislativo producido en 1999, por lo que debe rechazarse la alegación de caducidad del expediente.

4. Se ha alegado por las partes denunciadas el defecto formal de “venir firmado el Informe Propuesta por autorización y no por la Instructora designada en la Providencia en la que se acuerda la apertura de expediente sancionador” lo que presume la vulneración del principio de legalidad. En contra de esta alegación, según el Consejo, deben tenerse en cuenta los preceptos que conforman la Ley 16/1989 y en concreto lo dispuesto en el Artículo 31 que desarrolla la estructura y funciones de la SDC. La simple lectura del Informe Propuesta que se eleva al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, pone de manifiesto que, ciertamente no viene firmado por la Instructora designada, pero sí viene por su superior jerárquico (la Subdirectora) y lo que es más importante, vinculante y acorde con el

principio de legalidad y seguridad jurídica por el Director de Investigación. Por su parte, el artículo 17 de la Ley de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al regular la suplencia permite que ésta se lleve a cabo por el órgano administrativo inmediato de quien dependa. Por tanto, el Consejo considera que debe rechazarse esta alegación.

5. Se alega por EFMASA la cuestión de la licencia, pero se debe insistir que el que Lloret Ortega tenga o no licencia no justifica las prácticas de EFMSA y el Ayuntamiento de Palma de Mallorca para obstaculizar el transporte de cadáveres a otros municipios en beneficio de EFMSA. A este respecto debe señalarse que en la Resolución de 21 de enero de 1999, expediente BT/Telefónica (confirmada por el Tribunal Supremo que sólo anuló parcialmente la cuestión del agravante de reincidencia), se sostiene que “aunque BT careciera de título habilitante, no por ello el mercado en que operaba dejaría de estar abierto a la competencia...ni la cuestión sobre el título administrativo necesario para la prestación del servicio y las prácticas anticompetitivas de Telefónica son cuestiones independientes e inconexas. De hecho, los abusos de Telefónica no guardan ninguna relación, ni dependen ni son comparables en términos de gravedad con una posible interpretación de la necesidad de autorización administrativa para un servicio”. Por otra parte, la normativa de seguros no permite que Lloret Seguros, cuyos titulares coinciden con los de Lloret Ortega, realicen servicios funerarios, pero nuevamente el Consejo estima que tampoco es competencia de una empresa determinar si sus competidores cuentan o no con la licencia correspondiente.

6. Se alega que ninguno de los denunciados es parte interesada en el expediente, en tanto que los hechos denunciados se refieren a supuestas prácticas de la EFMSA y de los Ayuntamientos de Palma y Sóller consistentes en dificultar la prestación de servicios funerarios en esos municipios. El Consejo considera que según el artículo 36 (actual 49 en la Ley 15/2007) de la Ley 16/1989, el Servicio (actual Dirección de Investigación) puede iniciar el procedimiento de oficio o a instancia de parte pudiendo formular denuncia cualquier persona, interesada o no, de modo que con independencia de que todos los denunciados sean interesados o no, el Servicio de Defensa de la Competencia (hoy DI) podrá incoar expediente cuando observe indicios racionales de una conducta prohibida.

7. Se alega en el expediente que el artículo 11.2 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad

sancionadora de las Administraciones Públicas establece disposiciones que en el presente caso no se han cumplimentado, no sólo cuando se interpuso la denuncia por las denunciantes, sino también cuando se admitió a trámite, lo que ha generado indefensión.

La Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo y sus normas de desarrollo, tienen carácter supletorio de la Ley de Defensa de la Competencia en lo no previsto en ella según el artículo 50 de la Ley 16/1989, por lo que la iniciación del expediente, según el Consejo, se regula en el artículo 36 de la misma y no procede acudir a ninguna norma supletoria.

Por otra parte, tal y como ha señalado el Tribunal en la Resolución de 26 de abril de 2004, expediente r 569/03 Farmaindustria, en la información reservada “no hay abierto ningún procedimiento por inexistencia de Acuerdo dictado al efecto por el Director General de Defensa de la Competencia en orden a la admisión a trámite de la denuncia e incoación de expediente deviene evidente que no hay contenido recurrible y debe desestimarse, *prima facie*, el acceso a cuanta documentación obrare en el Servicio”. El Consejo considera que es a partir del momento de la incoación del expediente cuando, como afirma el Tribunal en su resolución, cuando “habrá partes interesadas, en cuyo caso se podrá tomar vista, presentar alegaciones y recurrir también ante el tribunal los actos de trámite”.

8. Se ha alegado que en el acuerdo de incoación no se especifican los hechos constitutivos de infracción ni qué empresas han puesto objeciones para impedir la entrada en las instalaciones de un cementerio privado a terceros. El Consejo, siguiendo el TDC, en Resoluciones de 26 de diciembre de 2004, Expt. r 641/04 v, Unión Fenosa o en la de 16 de noviembre de 2003, Expt. r 546/02 v, Gas Natural Alicante 4, señala que la incoación del expediente sancionador no decide el fondo del asunto, y que es en el Pliego de Concreción de Hechos cuando conforme con el artículo 39 de la Ley 16/1989, se recoge la infracción, que se notificará para que puedan proponer las pruebas que estimen oportunas, lo cual se hizo el día 17 de junio de 2008 y por recepción incompleta el 24 de junio siguiente.

9. Por todo lo anterior, el Consejo considera que EFMSA ha cometido una infracción del artículo 6 (actual 2) de la LDC por valerse de su posición de dominio en los mercados de prestación de servicios de cementerio en Palma de Mallorca y Marratxi con objeto de proteger su situación de única empresa funeraria en Palma de Mallorca de la presión competitiva que ejercen sobre ella Lloret Ortega o cualquiera otros competidores reales y potenciales que

deseen realizar servicios funerarios en Palma de Mallorca. Igualmente se considera corresponsable de dicha infracción al Ayuntamiento de Palma de Mallorca, propietario del capital íntegro de EFMSA, a la que gobierna a través del Pleno del Ayuntamiento y del titular de la Concejalía de Sanidad o Infraestructura, según sea el caso, que preside a EFMSA. En el expediente constan pruebas claras y contundentes de que el Ayuntamiento de Palma de Mallorca ha determinado la conducta de EFMSA.

10. En cuanto a la sanción que procede imponer, el artículo 10 de la LDC establece la posibilidad de castigar las infracciones del artículo 1 con multas de hasta 900.000 euros, que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente a las empresas sancionadas. El Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha mantenido (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho.

La Ley 16/1989 establece en su artículo 10 que la cuantía de la sanción deberá fijarse atendiendo a la importancia de la infracción, lo que deberá ser valorado teniendo en cuenta la modalidad y alcance de la infracción, en este caso, se trata de una conducta muy grave; la dimensión del mercado afectado, que resulta ser la ciudad de Palma de Mallorca y el municipio de Marratxi; la duración de la restricción de la competencia, que al menos va de 2003 a 2007; que ha tenido el efecto de limitar la competencia sobre competidores reales y sobre consumidores al restringirles la oferta de servicios, y haber sido realizada por una empresa con posición de dominio. Todas estas circunstancias acentúan la gravedad de la infracción, por lo que una sanción proporcionada lleva al Consejo a aplicarle al volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico de 2007 (último disponible) un porcentaje situado en la parte alta del segundo tercio del rango del 10%, con lo que la sanción resultante es de 500.000 euros. Por otra parte, el Ayuntamiento de Palma de Mallorca es corresponsable de la infracción sancionada por controlar a EFMSA, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (en la actualidad regulado en el artículo 61.2 de la Ley 15/2007) de la infracción sancionada, tanto porque tiene el control de EFMSA, como por las decisiones adoptadas a su favor por ese Ayuntamiento. Por tanto, procede imponer la señalada multa

de 500.000 euros, conjunta y solidariamente a EFMSA y al Ayuntamiento de Palma de Mallorca.

Vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que la Empresa Funeraria Municipal, S.A. ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, por haber obstaculizado la competencia real o potencial, siendo corresponsable el Ayuntamiento de Palma de Mallorca.

SEGUNDO.- Imponer a Empresa Funeraria Municipal, S.A., conjunta y solidariamente con el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, la multa de quinientos mil (500.000) euros.

TERCERO.- Intimar a las entidades para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas prohibidas.

CUARTO.- Ordenar a las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos diarios de información general, uno de ámbito nacional y otro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la Resolución.

En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, se le impondrá a la que lo incumpla una multa de seiscientos (600) euros, por cada día de retraso.

QUINTO.- Los sancionados, justificarán ante la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

SEXTO.- La Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia vigilará y cuidará del cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.