

Id Cendoj: 28079230062005100727
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 1060 / 2001
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintiseis de enero de dos mil cinco.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 1060/2001, seguido a instancia de la mercantil "Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid SA", representada por el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha comparecido, en calidad de codemandada la Asociación Funeraria de España", con asistencia letrada y representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó inferior a 150.253 €, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 9 de octubre de 2001, en el seno de un procedimiento seguido contra la recurrente por presuntas conductas prohibidas, se dictó por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, entre otras cosas, se dispone:

1º. Declarar acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el *art. 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia* por parte de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid SA, consistente en discriminar a los familiares de los fallecidos estableciendo desde una posición dominante, dificultades a la hora de contratar los servicios de cementerio y los servicios de reducción de restos cuando éstos provienen de empresas funerarias privadas.

2º. Intimar a la citada Empresa autora de la práctica declarada prohibida a que en lo sucesivo se abstenga de adoptar decisiones semejantes a las anteriores.

3º. Imponer a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid SA una sanción de multa de 72.141, 45 euros equivalente a 12.000.000 de pts.

4º. Ordenar la publicación en el plazo de dos meses de la parte dispositiva de esta Resolución a costa de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid SA, en el BOE y en la Sección de Economía de un

diario de información general que se distribuya en la Comunidad Autónoma de Madrid.

Los hechos que se declaran probados por el TDC y que sirven de base para la imposición de la sanción son los siguientes:

1) La recurrente, que posee los tanatorios de la M-30 y el Tanatorio Sur, es la única empresa autorizada para realizar los servicios de cementerio en los 15 cementerios municipales de Madrid en virtud de concesión de 1 de febrero de 1985 renovada hasta el 15 de septiembre de 2016.

2) Previo a la realización de los servicios de cementerio (desde la descarga del féretro y corona, hasta el enterramiento) y la reducción de restos, hay que contratar los servicios funerarios, actividad sujeta a la libre competencia. Hasta noviembre de 1999, la recurrente aplicó el horario de atención al público de forma estricta a quienes contrataron los servicios funerarios con una empresas distintas, y después de las 18 h a quienes contrataron dichos servicios con ella.

3) La recurrente cobraba a quienes contrataban los servicios funerarios con empresas particulares, los derechos de tramitación del expediente de cementerios, mientras que si los servicios funerarios eran contratados con ella misma se facturaba dicho concepto de forma distinta al afirmar la recurrente que dicho servicio estaba incluido en la Tramitación del Servicio.

4) Los servicios de cementerio se han cobrado de forma directa a quienes contrataban con empresas privadas y de forma enmascarada a quienes lo hacían con la recurrente dando lugar a supuestos de falta de transparencia comercial.

SEGUNDO:- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1) Caducidad del expediente: Mientras la denuncia de los hechos tuvo lugar el 21 de julio de 1998, y la providencia de incoación el 5 de abril de 1999, la entrada en el TDC del expediente tuvo lugar el 4 de octubre de 2000 (la resolución final del TDC es de 9 de octubre de 2001) por lo que habría transcurrido el plazo de 18 meses fijado por la DT 12 de la *Ley 50/1998* para la actuación del SDC, sin que la recurrente haya desplegado una actividad obstruccionista. El SDC tardó 9 meses en incoar el expediente sancionador desde que recibió la denuncia, tiempo en el que practicó diligencias previas que no fueron reiteradas.

2) Incongruencia activa e incongruencia omisiva de la resolución recurrida: a) La incongruencia activa se cifra en que debido al automatismo de copiar el escrito de denuncia se sanciona a la recurrente por la comisión de conducta anticompetitiva en relación a la actividad de reducción de restos a pesar de que dicho cargo no figura en el pliego de cargos ya que fue sobreseído a propuesta del instructor por falta de pruebas. b) También denuncia que al fijar la cuantía de la multa se toma en consideración una conducta (no aplicación de las tarifas de tramitación de expediente de cementerios y descarga de féretro y corona a los clientes de la recurrente), que en la misma resolución declara legítima. La recurrente sólo factura los servicios que presta. c) En la misma resolución se indica que la recurrente aplicó desde julio de 1998 hasta marzo de 2000, un horario discriminatorio a los que no contratan con ella los servicios funerarios, pero también consta en el folio 343 prueba de que no ha existido la discriminación denunciada. d) Incongruencia omisiva por cuanto no responde a cuestiones esenciales planteadas: las tarifas son aprobadas por el Ayuntamiento y sin embargo sanciona a la empresa al aumentar la multa por no aplicar las tarifas a sus propios clientes. Tampoco se da respuesta al hecho de que no es cierto que los clientes de la empresa recurrente contraten los servicios funerarios en una oficina reservada a la contratación de servicios de cementerios, que no existe discriminación horaria ni exigencia de contratar 7 horas antes, y que el SDC había archivado expedientes similares.

3) Niega la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, pues no existe mercado relevante a los efectos de determinar una posición de dominio, ya que coexisten productos independientes y accesibles sin que uno impida la competencia del otro. El TDC confunde el servicio funerario con el de cementerio, y no se tiene en cuenta que el servicio de cementerio se presta no sólo por el Ayuntamiento de Madrid, ya que existen privados y de la Iglesia católica en directa competencia con los municipales como reconoce el SDC. El mercado relevante tiene que ser el de todos los cementerios de Madrid y no sólo los municipales. Por otra parte denuncia otros errores en la resolución impugnada: niega que los clientes de la recurrente tengan privilegios horarios, ya que el horario de cementerios está fijado por el Ayuntamiento y se remite al Informe del Servicio. La recurrente ha ido perdiendo cuota de mercado, y no tiene posición de dominio, los precios

que cobra son aprobados por el Ayuntamiento y por tanto son equitativos en relación con el servicio prestado.

4) Invoca la doctrina de la Sección: Cita la SAN de 18 de diciembre de 2000 y de 8 y 16 de noviembre de 2001 y 25 enero de 2002.

5) La multa es desproporcionada: no se ha concretado la conducta supuestamente ilícita, y su duración es en todo caso inferior a lo señalado. No ha existido efecto negativo sobre la competencia y sanciona una conducta sobreseida.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente: 1) Niega la caducidad del expediente por cuanto el procedimiento se incoó el 5 de abril de 1999 y se remitió al TDC el 4 de octubre de 2000, siendo irrelevante la fecha de la denuncia. 2) Niega la existencia de incongruencia, pues el TDC declaró probada la realización de la práctica anticompetitiva que describe, y da respuesta a las distintas alegaciones planteadas. Se remite la resolución impugnada para la acreditación de la conducta anticompetitiva.

Subraya la existencia de posición de dominio de la recurrente y su fuerte presencia en los cementerios no municipales, siendo proporcionada la sanción.

CUARTO: D. Argimiro Vázquez Guillén, en la representación que ostenta, se opuso la demanda por los siguientes motivos: 1) Inexistencia de caducidad del expediente: el *art. 42.3 de la Ley 30/1992*, vincula el plazo de caducidad al inicio de la tramitación sin que se compute el de información previa, 2) En cuanto a la delimitación del mercado, cita la resolución del TD, y subraya que existe posición de dominio dada la escasa relevancia de los cementerios sacramentales en los que además también opera la recurrente, que es monopolista en los servicios de cementerio que están íntimamente vinculados con los funerarios hasta el punto de que la contratación de éstos (en libre competencia) depende del trato a recibir en la prestación de los otros. 3) El TDC ha subrayado las trabas que impone la recurrente a los que contratan con empresas distintas los servicios funerarios: discriminación en el horario, practicar cierto confusiónismo en la contratación, sin que las sentencias aportadas guarden relación con el caso enjuiciado. 4) La sanción impuesta es proporcional dada la naturaleza del servicio prestado y de la entidad sancionada, e invoca el *art. 51 CE*

QUINTO:- Sin apertura de período probatorio, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEXTO:- Señalado el día 25 de enero de 2005 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SÉPTIMO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Las cuestiones que se plantean en el presente proceso son las siguientes:

1) Determinar si ha existido caducidad del expediente sancionador en la fase de instrucción, lo que ocurriría si se computa como período de tramitación el transcurrido desde la denuncia hasta la orden de apertura del expediente, lapso temporal en el que se practicaron diligencias previas de investigación.

2) Determinar si la resolución impugnada es incongruente en la medida en que no da respuesta a determinadas peticiones de la recurrente, o bien se extralimita al sancionar hechos que no declara probados.

3) Determinar si la empresa recurrente ha infringido el *art. 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia* (LDC) como consecuencia del abuso de su posición de dominio materializado en la discriminación a que se somete a quienes contratan con empresas privadas los servicios funerarios y que se concreta en la dificultad de acceder en plano de igualdad con la recurrente a los servicios de cementerio, y en la presentación opaca de las facturación de dichos servicios dando una apariencia de trato de favor a la recurrente.

4) Determinar si en la imposición de la sanción de multa se han respetado las previsiones del principio de proporcionalidad.

SEGUNDO: La primera de las cuestiones planteadas no puede tener una acogida favorable ante este Tribunal, pues la dicción del *artículo 42.3 de la Ley 30/1992*, como puso de manifiesto la codemandada, no deja lugar a dudas sobre el hecho de que el "dies a quo" del cómputo del plazo de caducidad del expediente, se inicia en el mismo momento en el que se ordena su incoación, en este caso por el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y eso ocurre el 5 de abril de 1999. Así las cosas, y dado que la remisión de las actuaciones ya concluidas al TDC tiene lugar el día 4 de octubre de 2000, es patente que no habían transcurrido los 18 meses de plazo máximo a que se refería el *artículo 56 de la LDC*, tras su reforma por la *Ley 66/1997*. Pero no es sólo la aplicación literal y mecánica del referido precepto lo que nos conduce a rechazar esta primera pretensión, sino que es precisamente el sentido y sobretodo el alcance de las diligencias previas lo que fundamenta nuestro rechazo. En efecto, lo que el *art. 24.1 CE* prohíbe, también lo censuraba la Exposición de Motivos de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal (RD 14 de septiembre de 1882)*, es que una vez iniciado un procedimiento, pueda permanecer abierto con la práctica de sucesivas diligencias y eventuales absoluciones en la instancia sin la fijación de un plazo máximo de duración para la tramitación, pues en ese caso, el imputado en el mismo pasa a ser víctima del egoísmo del Estado y a sufrir una permanente vejación incompatible con la condición de ciudadano de un pueblo libre (STC 41/1997 FJ 6 fine). No es esto lo que ocurre en el presente caso, en el que la práctica de las diligencias de investigación reservada (*art. 36.2 LDC*), que por definición no son públicas, no han supuesto ninguna vejación para la recurrente pues de las mismas no puede derivarse reproche para su actividad, ni le suponen molestia de tipo alguno ya que se parte precisamente del dato de su no participación en las mismas. Se conciben en definitiva como un filtro, concebido en beneficio del denunciado, para evitar la iniciación de expedientes con la simple denuncia de parte. Cuestión distinta, y ajena a este proceso, es la relativa al incumplimiento de la obligación por parte de la Administración de trasladar al investigado, en el supuesto de apertura del expediente, de todas las actuaciones existentes y de permitirle realizar actividades refutación sobre las mismas, ya en el seno de un expediente con todas las garantías.

En atención a lo expuesto, fijado el plazo del cómputo de la forma indicada, es evidente que no ha transcurrido el plazo indicado por lo que procede la desestimación de este primer motivo de recurso.

TERCERO: La segunda de las cuestiones planteadas tampoco puede prosperar por cuanto no se aprecia la existencia de la incongruencia denunciada ya que no existe desajuste entre lo pedido por las partes y la respuesta motivada y razonable dada por el órgano administrativo; en este sentido debe precisarse que a lo sumo han dejado de contestarse algunas alegaciones de la empresa recurrente, pero no las pretensiones planteadas (nulidad del pliego de cargos por disconformidad en la declaración de hechos imputados y valoración jurídica realizada por el SDC) que es justamente lo que determina la congruencia de la resolución (STC 100/2004, si bien referida a la incongruencia judicial). No obstante lo anterior, sí debe dejarse constancia que en la parte dispositiva de la resolución objeto de recurso, se fija como conducta anticompetitiva, junto con la de discriminar la contratación de los servicios de cementerios, la relativa a la práctica de discriminación en la actividad de reducción de restos y ello a pesar de que este cargo fue sobreseído en fase de instrucción. La irregularidad de esta forma de proceder es evidente y podría ser constitutiva de una incongruencia "ultra petita", pero un examen detallado de la resolución del TDC pone de manifiesto que realmente se trata de un simple error de transcripción irrelevante en cuanto a la decisión sancionatoria tomada. Que ello es así se deduce del examen de la declaración de hechos probados de la resolución recurrida en la que no se hace mención alguna a esta circunstancia, como tampoco se refiere a ella en su fundamentación jurídica, sin que en su FJ 5º que se refiere a la modulación de la sanción, se haga referencia explícita a esta conducta para la cuantificación de la sanción de multa. En estas circunstancias entendemos que la actividad de reducción de restos no ha sido tomada en consideración por el TDC no para la imposición de la sanción ni para su cuantificación por lo que la mención a la misma en la parte dispositiva si bien constituye una extralimitación respecto del contenido del pliego de cargos debe ser tratada como un simple error de transcripción, de lo que queda constancia en esta resolución sin que sea necesario estimar el recurso para reflejar esta incidencia en la parte dispositiva de la sentencia por su falta de relevancia a los efectos de la imposición de la sanción.

CUARTO: Tampoco podemos compartir el alegato de la recurrente sobre la falta de prueba sobre la práctica declarada anticompetitiva, pues como razona con sumo detalle el TDC, hay prueba suficiente sobre dos cuestiones que consuman el abuso de posición dominante: la discriminación horaria sufrida por los contratantes de los servicios funerarios con empresas privadas a la hora de contratar los servicios de cementerio y la opacidad en la confección de las facturas de los servicios de cementerio por la recurrente que induce a error en los contratantes a lo que hace suponer que la contratación de los servicios funerarios con la empresa municipal conlleva un trato de favor en la ulterior facturación de los referidos servicios de

cementerio. Con carácter previo a la valoración de estas dos cuestiones debemos concluir que asumimos la delimitación del mercado relevante que realiza el SDC, y que se concreta en los servicios de cementerio en el ámbito municipal que es aquel en el que la recurrente presta su actividad en régimen de monopolio con la particularidad de que las formas de actuación descritas inciden de forma determinante en un mercado conexo como es el de los servicios funerarios cuya contratación sólo tiene sentido en el supuesto de que puedan contratarse con normalidad los servicios de cementerio. Carecen de virtualidad y apoyo probatorio las alegaciones de la recurrente que entiende que el mercado relevante debe ser definido de forma más amplia, incluyendo todos los centros de enterramiento de la Comunidad de Madrid, pues no se ha aportado prueba sobre la incidencia de dicha ampliación en la determinación de la posición de dominio, teniendo además en cuenta que la recurrente puede competir en esos cementerios y que sale de una situación de monopolio respecto de la contratación de los servicios funerarios.

Por lo que respecta a la primera de las conductas sancionadas, debemos hacer nuestra la argumentación contenida en la resolución impugnada pues consta que la recurrente disponía de un trato de favor al aplicársele con más flexibilidad las exigencias horarias en la contratación de los servicios de cementerio lo que facilitaba la posibilidad de realizar el enterramiento de forma preferente, prueba que consiste en la aportación de contrataciones realizadas por las empresas competidoras, todas dentro del horario, y en aportación de contrataciones de la recurrente fuera de horario, argumento que debe completarse con la posibilidad, no ejercitada por la recurrente, de aportar contrataciones de las competidoras realizadas fuera de horario, prueba que fácilmente podía haber aportado al tener el monopolio del servicio de cementerios y que ni siquiera se ha intentado. El hecho de que dicha conducta haya cesado es irrelevante, pues el único límite que operaría al respecto es el de la prescripción de la acción, lo que no se plantea. La segunda conducta que se reputa lesiva del derecho de la competencia es la opacidad en la presentación de las facturas en los términos expuestos, y a este respecto nuevamente debemos asumir el criterio seguido por el TDC y precisar que el hecho de que la conducta de presentar unas facturas en las que los conceptos facturados, si bien son correctos, no aparecen con la claridad debida es en sí misma una práctica lesiva de los derechos del consumidor (*art. 13.1 d) Ley 26/1984 de 19 de julio*) y lo que es relevante en este caso, enturbia la claridad y transparencia de una operación comercial en un sector en el que las partes contratantes se encuentran por lo general en un estado afectivo de gran singularidad y debilidad en el que además parte de la contratación se realiza en régimen de monopolio. Esta opacidad entendemos con el TDC no es compatible con las reglas de transparencia que deben regir las operaciones comerciales de esta naturaleza por lo que debemos confirmar también en este punto la resolución impugnada. Sólo cabe precisar que carece de relevancia a estos efectos el hecho de que las tarifas aplicadas por la recurrente hayan sido aprobadas por el Ayuntamiento de Madrid, pues ese hecho no es el que se discute, como tampoco el de su razonabilidad, ya que como ha quedado expuesto lo que se cuestiona es la forma de presentación de las mismas en la medida en que puede provocar error o confusión en el consumidor.

QUINTO: Finalmente, debemos referirnos a la queja sobre la quiebra del principio de proporcionalidad en la fijación de la multa. Tampoco podemos acoger este motivo de recurso, pues la resolución impugnada en la pág. 18, detalla los criterios de graduación seguidos, todos adecuados y pertinentes, fijándose la cuantía de la multa en su grado mínimo, razones que nos conducen a desestimar por lo tanto en su integridad la demanda.

SEXTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA*.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma no cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.