

Id Cendoj: 28079230062001100395
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 0548/1998
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a ocho de noviembre de dos mil uno.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 548/98 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales D. Jose Pedro Vila Rodríguez en nombre y representación de EMPRESA MIXTA DE **SERVICIOS FUNERARIOS** S.A., frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 23 de Diciembre de 1.997, en materia relativa a Practicas constitutivas de acuerdos de reparto de mercado y abuso de posición dominante con una cuantía de 112.500.000 pesetas. Ha sido

Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 28-II-98. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

Segundo.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia anulando los actos administrativos impugnados .

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La Sala dictó Auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

Quinto.- Las partes, por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar, respectivamente, lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

Sexto.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 7 de Noviembre de 2.001, en que se deliberó y votó habiendose observado en su tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el Acuerdo dictado el día 23-XII-97 por el Tribunal de Defensa de la Competencia, en el expediente 407/97 (**Servicios Funerarios** de Madrid) por el que se resuelve: "Primero-. Declarar la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1.b) y c) de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en una serie de acuerdos entre la Empresa Mixta de **Servicios Funerarios** de Madrid S.A. y la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid (AEPYM) para el control de la actividad de ornamentación de unidades de enterramiento en los cementerios del Municipio de Madrid y el reparto del mercado entre los miembros de dicha asociación, con expulsión de dicho mercado de quienes no fueran miembros de la misma y declarar prohibido el acuerdo de 18 de Enero de 1994 entre ambas partes sobre lápidas y cementerios de Madrid y cualesquiera otros que permiten la instalación de mesas de contratación en los tanatorios y cementerios de Madrid a los miembros de AEPYM exclusivamente. Son autores de esta infracción la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol de Madrid y la Empresa Mixta de **Servicios Funerarios** de Madrid S.A. y se les impone a cada una de ellas una multa de dos millones quinientas mil pesetas". "Tercero-. Declarar la existencia de un abuso de posición dominante del artículo 6.2.a) de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en la imposición de un canon a los marmolistas de Madrid por la realización de sus trabajos, de la que es responsable la Empresa Mixta de **Servicios Funerarios** de Madrid, a la que se impone una multa de ciento diez millones de pesetas".

SEGUNDO.- Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso son los siguientes: el 10-I-96 se presenta denuncia por ocho marmolistas contra la EMSFMSA y la Asociación de Empresas de Piedra y Mármol, señalando que ambos han suscrito un acuerdo para que la primera cobre a los marmolistas un canon y arrendarles un espacio en los tanatorios de su propiedad, en los que la Asociación instala unas mesas de contratación a las que se dirigen los particulares para encargar la realización de las lápidas, dirigiendo los encargos a empresas miembros de la Asociación. El Servicio presentó informe-propuesta para que se declarase la existencia de una decisión de fijación de precios, de un abuso de posición dominante y un reparto de mercado.

TERCERO.- La actividad enjuiciadora y sentenciadora de esta Sala para resolver este recurso viene encuadrada y limitada por la existencia de sentencias que se han dictado previamente en relación con el expediente administrativo origen del acto administrativo impugnado, y relacionadas con la cuestión relativa a la no inhibición de un vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, Sentencia de fecha 16-X-98 dictada por la Sección Primera en recurso interpuesto por EMSFM S.A. contra Resolución del TDC de 31-V-95 por el que se revoca el sobreseimiento acordado por el Director General de Defensa de la Competencia respecto del expediente incoado a dicha empresa, y se acuerda continuar la instrucción por el propio TDC sin devolver el expediente al Servicio. La Sala, en el marco de un proceso por infracción de derechos fundamentales dictó sentencia desestimatoria del recurso al entender que no hubo infracción del art. 24 de la Constitución. Y Sentencia de fecha 2-III-98 dictada por la Sección Sexta en recurso interpuesto por EMSFM S.A. contra Resolución del TDC de 31-V-95, inadmitiéndose el recurso al entender el Tribunal sentenciador que la pretensión y la causa de pedir eran idénticas a las esgrimidas en el proceso que terminó con la sentencia de 16-X-98 referenciada en el apartado anterior.

Los precedentes citados llevan a concluir que no ha existido la infracción de derechos fundamentales denunciada derivada de las declaraciones que en su día se realizaron por un vocal del TDC a una revista.

CUARTO.- El Acuerdo impugnado, en primer lugar, declara la existencia de una conducta prohibida por el art. 1.1 b) y c) de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en una serie de acuerdos entre una empresa municipal de **servicios funerarios** y una asociación de marmolistas para controlar la ornamentación de los enterramientos y el reparto del mercado entre los miembros de la Asociación, con exclusión de los industriales del sector que no fueran miembros de la misma.

La Sala aprecia que el arriendo de mesas de contratación en los tanatorios y cementerios a la Asociación con exclusión de otros operadores económicos que no están asociados o no pertenecen a esta asociación en concreto, en las circunstancias en que se desarrollaba el mercado de **servicios funerarios** en la ciudad de Madrid en las fechas relevantes, supone un control de la producción afectada con reparto de mercado prohibido por los preceptos citados de la LDC, con el resultado de que los encargos se reparten entre los miembros de la Asociación sancionada por orden alfabético y no mediante la libre concurrencia de oferta y demanda. La empresa hoy actora al firmar el contrato contribuyó decisivamente a la exclusión de hecho de los demás operadores económicos, siendo responsable en consecuencia de la infracción por la que se impone una sanción económica de dos millones quinientas mil pesetas, cuya cuantía no es contestada y esta Sala considera ajustada a derecho, debiendo mantenerse.

QUINTO.- El segundo motivo de impugnación hace referencia a la sanción impuesta, multa de ciento

diez millones de pesetas, a la recurrente, como autora de una conducta constitutiva de abuso de posición de dominio prohibida en el artículo 6.2.a) de la LDC, consistente en la imposición de un canon a los marmolistas de Madrid, por la realización de sus trabajos.

El debate jurídico se ha centrado por las partes en la característica de precios públicos o precios privados de los impuestos por la recurrente, entre ellos el canon que la empresa cobraba a los marmolistas.

La base fundamental sobre la que el Acuerdo ahora impugnado llega a la conclusión de que se ha producido una infracción, imponiendo la correspondiente sanción, se encuentra en la consideración de que las tarifas de la EMSFM son precios privados: señala en primer lugar "hay que rechazar que nos encontremos en el campo de precios públicos cuya imposición constituiría un acto sometido al derecho administrativo al que no le sería de aplicación la Ley de Defensa de la Competencia"; a continuación indica que "las tarifas a percibir por la prestación de los servicios en el municipio de Madrid se determinan libremente por el Consejo de Administración de la EMSFMSA y se reflejan en la previsión de ingresos y gastos de la empresa que, posteriormente, se incorpora al Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid y se aprueba junto con éste, por lo que no cabe afirmar que no encontremos ante unas tasas o precios públicos sino ante precios privados"; por último considera que al ser de pago voluntario (porque no tiene su origen en ningún reglamento ni ordenanza municipal sino en los acuerdos suscritos entre la empresa y la asociación sancionadas, porque los marmolistas pueden no abonarlo y porque el propio contrato especifica que no tienen carácter de tarifa o tasa) son precios privados.

La Sala no comparte estas apreciaciones: la prestación del servicio, como señala el propio TDC se realiza en régimen de monopolio legal. El servicio público de funerarias en Madrid se presta a través de una sociedad mercantil de participación mixta, cuyas tarifas se aprueban por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Madrid en el que se aprueba el Presupuesto General del Ayuntamiento junto con los nuevos precios de los **servicios funerarios**. El art. 48 de la Ley de Haciendas Locales 39/88 establece que corresponde al Pleno de la Corporación el establecimiento o modificación de los precios públicos, y las tarifas litigiosas reúnen los requisitos del art. 41 de dicha Ley.

En la sentencia de esta Sala de 18 de Diciembre de 2000 se recordaba que la sentencia de 30-III-98 dictada por la Sección Segunda del TSJ de Madrid en el recurso 600/92, estableció: "La EMSFM tiene encomendada la prestación de los **servicios funerarios** en régimen de monopolio. De conformidad con lo establecido en los arts. 38 en relación con el 128, ambos de la Constitución Española, tal monopolio no sería admisible si no se tratase de la prestación de un servicio público de carácter esencial. El art. 86 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local en su redacción anterior a la modificación operada por el art. 23 del Real Decreto-Ley 7/1.996 de 7 de Junio, consideraba los "servicios mortuorios" como esenciales y por tanto reservados a favor de las Entidades locales". La sentencia anula el acto administrativo de aprobación de las tarifas litigiosas por falta de "un estudio económico" lo que le priva de su misión de "control".

La resolución impugnada establece que "el mercado de producto está constituido como el de los servicios mortuorios entendiéndolo como tales, en un sentido amplio, todas las actividades a que da lugar la muerte de una persona hasta que recibe sepultura o es incinerada, si bien cabe señalar que en el presente supuesto el mercado de producto puede ser delimitado como el de los servicios mortuorios que se prestan en el interior de los cementerios" y que "nos encontramos ante un precio privado abusivamente impuesto a los marmolistas por la EMSFMSA a cambio de hacer algo tan escasamente aceptable como la supervisión de la actuación de los marmolistas y la defensa de sus derechos, actuaciones que asume la EMSFMSA....cobra un canon para dar cobertura a las actuaciones anticompetitivas de una asociación que actúa como un cártel de reparto de mercado, cobertura que consiste en impedir que los operadores ajenos al cártel puedan desarrollar sus servicios en los cementerios gestionados por la EMSFMSA..." concluyendo que se ha abusado de una posición de monopolio.

En el marco de este debate es preciso recordar que el Tribunal Constitucional en la sentencia 233/99 declara la "inconstitucionalidad del art. 45.1 en su redacción inicial, de la Ley 39/1988 de 28 de Diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en la medida en que resulta aplicable a los precios públicos exigibles por servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria, de carácter indispensable o prestados en régimen de monopolio de hecho o de derecho, comprendidos en el art. 41 b) de dicha Ley, también en su redacción inicial, en los términos expuestos en el fundamento jurídico 19 c) último párrafo".

En estas circunstancias la Sala considera que, con independencia de cual sea la naturaleza jurídica de estos precios, lo relevante es si estos precios son o no aprobados por la Administración.

El examen del expediente administrativo revela que la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid, con fecha 14 de Diciembre de 1.993 presenta un "Informe sobre las nuevas tarifas a implantar en los **servicios funerarios** y de cementerios por la Empresa Mixta de **Servicios Funerarios** de Madrid". En el mismo se señala: "Los servicios de cementerios y **servicios funerarios** se declaran por la Ley 7/85 de 2 de Abril, Reguladora de Bases de Régimen Local de la competencia municipal 8 artículo 25-2-j) y los primeros como de necesaria prestación por parte de todos los Municipios (artículo 26-1-a). No obstante, la vigente normativa de la Ley 39/1988 de 28 de Diciembre Reguladora de las Haciendas Locales diferencia las figuras de las tasas de los precios públicos en los artículos 20 y 41, respectivamente donde concreta los presupuestos de hecho de tales figuras de ingreso de derecho publico. En su consecuencia, y dados los condicionamientos legales referidos las tarifas de " **Servicios funerarios** " pueden ser tratadas bien como precios privados o como precios públicos, mientras que las tarifas de "Cementerios" pueden ser tasas o precios públicos, nunca precios privados, según los condicionamientos que se fijan en la normativa aludida....En cuanto a la propuesta que realiza la Empresa de creación de dos nuevas tarifas "Canon de colocación y reparación de lápidas, ornamentos e inscripciones" y "Tarifa de conservación" se adjunta un estudio de los costes que llevará aparejada la implantación de estas nuevas prestaciones, de acuerdo con lo establecido en los artículos 24, 25 y 45 de la citada Ley 39/1985".

En el folio 277 del expediente aparece oficio de la primera Tenencia de Alcaldía acordando elevar a la aprobación del Pleno del Ayuntamiento previo dictamen de la Comisión Informativa de Hacienda y Economía la aprobación de las tarifas de la EMSFM para el año 1.994. Figura certificación del informe favorable de dicha Comisión, y la votación por el Pleno, sometiéndose en primer lugar la congelación, que fue rechazada y posteriormente la aprobación, que fue votada por la mayoría. Igualmente aparece certificada la aprobación de las tarifas para 1.995 y para 1.996.

Nos encontramos pues ante unas tarifas que son propuestas por el Consejo de Administración de la empresa, pero aprobadas por el Pleno Municipal junto con el Presupuesto General en el que figuran como anexo "los programas de actuación, inversiones y financiación de las sociedades mercantiles de cuyo capital social es titular único o partícipe mayoritario este Ayuntamiento (entre ellas las de la Empresa Mixta de **Servicios Funerarios** de Madrid S.A.)".

Resulta claro en consecuencia que en los hechos enjuiciados se han aplicado por la EMSFM precios o tarifas previamente aprobados por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, cuya cuantía y existencia estará o no justificada, su razonabilidad es dudosa pero su cobro no puede constituir abuso de posición de dominio sancionable por aplicación de lo dispuesto en el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Todas las razones expuestas deben concluir en la estimación parcial del recurso y la anulación del acto administrativo impugnado por ser contrario a derecho en el único extremo relativo a la declaración contenida en el numero tercero, y la sanción correlativamente impuesta..

SEPTIMO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS:

Que debemos estimar en parte y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por EMPRESA MIXTA DE **SERVICIOS FUNERARIOS** DE MADRID S.A. contra Acuerdo dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia el día 30-XII-97 descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual anulamos por no ser conforme a derecho, en el único extremo relativo a la declaración de existencia de un abuso de posición de dominio con imposición de una multa de ciento diez millones de pesetas a la recurrente. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.