

RESOLUCIÓN (Expte. 361/95. Funerarias De Madrid 2.)

Pleno

Petitbò Juan, Presidente
Fernández López, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alonso Soto, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid a 30 de diciembre de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores expresados al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. ALONSO SOTO, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 361/95 (nº 795/91 y 797/91 acumulados del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado como consecuencia de las denuncias presentadas por la "UNION ESPAÑOLA DE ENTIDADES ASEGURADORAS" (UNESPA) y la compañía de seguros "LA PREVENTIVA, S.A.", contra la "EMPRESA MIXTA DE SERVICIOS FUNERARIOS DE MADRID, S.A." por la realización de diversas prácticas de abuso de posición dominante.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La primera denuncia fue presentada el 26 de diciembre de 1991 por UNESPA que acusaba a la "Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A." (en lo sucesivo EMSFM) de la realización de las siguientes prácticas restrictivas de la competencia:
 - a) Establecimiento de precios no equitativos consistentes en: Una subida generalizada e injustificada de tarifas.- La supresión de los servicios más económicos.- El establecimiento de un recargo del 300% en los enterramientos en Madrid de las personas que no están empadronadas en la capital.
 - b) Ampliación del ámbito del monopolio a los traslados funerarios desde Madrid a otros municipios.

Posteriormente, la empresa "LA PREVENTIVA, S.A." presentó una denuncia similar a la anterior.

2. El Servicio de Defensa de la Competencia acordó el 8 de enero de 1992 la incoación de expediente sancionador por cada una de las denuncias y su acumulación.
3. En el curso del citado expediente, el Instructor, por Providencia de 11 de mayo de 1992, formuló un pliego de concreción de hechos de infracción contra la EMSFM en los siguientes términos:

"Teniendo en cuenta la documentación aportada y el resultado de las indagaciones practicadas se desprenden los siguientes hechos:

- 1º. *Que la empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid ostenta una posición de dominio derivada de su situación de monopolio legal, concedido por Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de fecha 29 de abril de 1966.*
- 2º. *Que el 18 de noviembre de 1991 fue publicado en el BOCM Acuerdo del Excmo. Ayuntamiento de Madrid de fecha 15 de noviembre de 1991 por el que se aprueba el Presupuesto General de la Corporación, e, incluidas en él las nuevas tarifas de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios a propuesta de dicha Empresa.*
- 3º. *El aumento de las nuevas tarifas, que, como promedio supone un 15,92% superior a las anteriores, en casos concretos asciende hasta un 302,6%.*
- 4º. *Se crean nuevos conceptos tarifarios.*
- 5º. *Se suprimen los servicios económicos 3 y 4.*
- 6º. *Se incrementa en un 300% los servicios prestados a las personas no empadronadas en el municipio.*

Los hechos acreditados por la instrucción y anteriormente reseñados determinan, a juicio del instructor, y a salvo de lo que decida el Tribunal de Defensa de la Competencia, la existencia de hechos restrictivos de la misma, por imposición, desde una posición de dominio, de precios abusivos.

Por lo tanto, la EMPRESA MIXTA DE SERVICIOS FUNERARIOS DE MADRID, S.A. incurre presuntamente en conducta prohibida contemplada en el Artículo seis 1 y 2 a) de la Ley 16/89 de 17 de julio de Defensa de la Competencia."

4. El Servicio de Defensa de la Competencia, tras completar la instrucción, acordó finalmente el 19 de enero de 1995 el sobreseimiento del expediente sancionador por considerar que los comportamientos denunciados podían calificarse de actividad administrativa y gozaban de una autorización legal al amparo de lo dispuesto en el artículo 2.1. de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).
5. Habiendo recurrido UNESPA el acuerdo de sobreseimiento (Expediente R 112/95), el Tribunal lo revocó por Resolución de 31 de mayo de 1995, en la que se establecía:
 - A) Que los hechos referentes al recurso consistían en las modificaciones llevadas a cabo en 1991 por la EMSFM en las tarifas de los servicios funerarios para 1992, las cuales supusieron una elevación generalizada de los precios, la supresión de determinados servicios y la implantación de una tarifa diferente, y muy superior, para los empadronados fuera del Municipio. Estos hechos así como la posición de dominio que ostenta la EMSFM como titular de un monopolio legal, han sido básicamente aceptados por los interesados y por el Servicio de Defensa de la Competencia.
 - B) Que el núcleo de la discusión se centraba en determinar si tales hechos *ostentan la naturaleza propia de los actos administrativos y en consecuencia serían revisables únicamente por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con lo establecido en el art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, como se lee en el Acuerdo impugnado, o si, por el contrario, al ser la EMSFM una empresa mercantil, está sujeta a las normas de defensa de la competencia y en este caso concreto al art. 6 de la Ley 16/1989.
 - C) Que, dado que la instrucción realizada era suficiente para acreditar la existencia de las prácticas que se imputaban a la EMSFM, se había formulado acusación contra la citada empresa y la única divergencia que se planteaba con respecto a la decisión del Servicio era la relativa a la calificación otorgada a las citadas prácticas (si tienen o no amparo legal), el Tribunal decidió proseguir la tramitación del expediente, sin necesidad de devolverlo al Servicio de Defensa de la Competencia, porque obraban en el mismo los

antecedentes necesarios para dictar resolución y no era necesario completarlos con diligencia alguna (Artículo 39 LDC).

La Resolución incorporaba un voto particular del Vocal Ponente, Sr. Menéndez Rexach, en el que se mostraba conforme con la decisión de revocar el acuerdo de sobreseimiento, pero discrepaba del procedimiento a seguir a partir de ese momento (que, en opinión de la mayoría, consistía en proseguir la tramitación del expediente en el Tribunal) y, por tanto, de la aplicación a este caso del precedente establecido en la Resolución de 22 de marzo de 1991 (Bombas de cobalto). A su juicio, la decisión del Tribunal vulneraba el derecho a la defensa de la EMSFM, pues, si bien es cierto que la misma no privaba a la EMSFM de la posibilidad de defenderse ante aquél, sin embargo, no se ajustaba estrictamente a las normas generales del procedimiento. Y concluía que, ante la ausencia de una norma que regulara expresamente las consecuencias de la revocación del acuerdo de sobreseimiento de un expediente, la decisión a adoptar debería ser devolver dicho expediente al Servicio de Defensa de la Competencia para que formulara un nuevo pliego de cargos a la EMSFM, repitiera otra vez el trámite de alegaciones de las partes y el período probatorio, y elevara, en su caso, las actuaciones al Tribunal acompañadas del preceptivo Informe-Propuesta.

La citada Resolución fue objeto de un doble recurso contencioso-administrativo, de un lado, el ordinario y, de otro, el especial de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, ante la Audiencia Nacional.

6. Por Providencia de 16 de junio de 1995, de conformidad con lo dispuesto en el art. 40.1 LDC, se admitió el expediente a trámite, se nombró Ponente y se puso de manifiesto el expediente a los interesados, por plazo de quince días, para que solicitaran la práctica de las pruebas que estimaran necesarias para su defensa y, en su caso, la celebración de vista.
7. La EMSFM solicitó el 23 de junio de 1995, al amparo de lo dispuesto en el art. 102 de la Ley 30/1992, la paralización de la tramitación del expediente y la revisión de oficio por el Tribunal de Defensa de la Competencia de su Resolución de 31 de mayo de 1995.
8. El 5 de julio de 1995 el Vocal Sr. De Torres Simó comunicó al Presidente su intención de abstenerse en la tramitación del expediente por los motivos previstos en las letras b) y e) del art. 28.2 de la Ley 30/1992.

Dada la composición del Tribunal en aquél momento, la decisión del Sr. De Torres Simó privaba al citado organismo del quorum de asistencia legalmente exigido para proceder a su válida constitución y le impedía, por

consiguiente, la resolución del incidente de abstención. A la vista de esta circunstancia excepcional, el Presidente del Tribunal paralizó la tramitación del expediente mediante Decreto de 5 de julio de 1995.

Habiéndose producido un cambio en la Presidencia del Tribunal y permaneciendo constantes el resto de las circunstancias que motivaron la paralización del expediente, el Presidente dictó un nuevo Decreto, de fecha 18 de diciembre de 1995, prorrogando la suspensión de la tramitación del expediente.

9. El nombramiento de cuatro Vocales para cubrir las vacantes existentes en el Tribunal de Defensa de la Competencia motivó la reanudación de la tramitación del expediente, lo que se acordó por Providencia de 25 de enero de 1996, y el nombramiento como Ponente, en virtud del correspondiente turno, del Vocal Sr. Alonso Soto.
10. Por Auto de 6 de febrero de 1996 se resolvió la abstención del Vocal Sr. De Torres Simó.
11. El 13 de febrero de 1996 la EMSFM presentó un escrito en el que planteaba, al amparo de lo dispuesto en el art. 29.1 de la Ley 30/1992, la recusación del nuevo Ponente por enemistad manifiesta con la citada empresa.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, sin la presencia del Sr. Alonso Soto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 c) de la Ley de Defensa de la Competencia, resolvió por Auto de 9 de mayo de 1996 que la recusación resultaba infundada.

El 22 de mayo de 1996 la EMSFM presentó un nuevo escrito solicitando la revisión del Auto de 9 de mayo de 1996 por considerar nulo el acto administrativo que lo motivó.

El citado Auto fue asimismo recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional por la EMSFM. El 16 de octubre de 1996 el Tribunal Constitucional acordó inadmitir el recurso de amparo de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.1 a) en relación con el art. 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

12. Durante los meses de julio de 1995 y febrero de 1996 los interesados presentaron diversos escritos de alegaciones y solicitud de prueba.

Por Auto de 12 de julio de 1996 se acordó la celebración de vista y la práctica de las siguientes pruebas:

- La documental propuesta por el Ayuntamiento de Madrid, consistente en que se incorporaran, como prueba, los documentos aportados al expediente.
- Las documentales propuestas por la EMSFM, consistentes en: a) Que se incorporaran, como prueba, los documentos aportados al expediente. b) Que se reprodujera en este expediente la prueba solicitada en el expediente nº 800/1992 del Servicio de Defensa de la Competencia. Y c) Que se requirieran del Ayuntamiento de Madrid los siguientes documentos: 1) Copia de los Anexos de los Presupuestos Municipales de los años 1990 a 1994. 2) Copia de los Acuerdos del Pleno relativos a la aprobación de los Presupuestos de los años 1990 a 1994. 3) Copia de todos los acuerdos del Pleno de los años 1990 a 1994 relativos a la EMSFM. 4) Informe sobre las inversiones realizadas por la EMSFM en cementerios y tanatorios durante los años 1990 a 1994.

El Tribunal no consideró pertinente la práctica de las siguientes pruebas:

- a) La relativa a que se oficie a la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid para que certificara la autenticidad de un documento que se había incorporado al expediente, porque ningún interesado había cuestionado dicho extremo.
- b) La confesión de UNESPA, por referirse a cuestiones ajenas al expediente.
- c) La confesión del Director de Santa Lucía, por no ser dicha empresa parte de este expediente.
- d) La confesión del representante legal de la EMSFM, por haber sido incorrectamente formulada.
- e) La confesión de D. Mario Corella, Secretario General del Ayuntamiento de Madrid, por tratarse de una persona no implicada en el expediente, que, en ningún momento, se ha acreditado como representante legal del Ayuntamiento.
- f) La testifical propuesta, por haber sido mal formulada al no indicar los aspectos que se quieren probar y las preguntas que se formularán a los testigos.

Finalmente la prueba consistente en requerir a la EMSFM para que ella misma certifique el grado de cumplimiento de las tarifas aprobadas y las modificaciones de las mismas posteriores al año 1992, fue admitida por el Tribunal con las siguientes condiciones: que se aportara durante el período probatorio y que viniera adverada por un auditor externo a la EMSFM.

13. La EMSFM, mediante escrito de 19 de julio de 1996, solicitó aclaración del Auto sobre la prueba.

Por Providencia de 5 de septiembre de 1996 se procedió a la aclaración.

14. No habiendo cumplido el Ayuntamiento de Madrid el requerimiento del Tribunal, por Providencia de 6 de septiembre de 1996 se le instó nuevamente a que lo hiciera.

El Ayuntamiento de Madrid remitió la documentación requerida el día 8 de octubre de 1996, salvo el Informe sobre inversiones en cementerios y tanatorios que fue enviado el día 29 de octubre.

15. Por Providencia de 11 de noviembre de 1996 se concedió a los interesados un plazo de diez días para valorar la prueba practicada.
16. Por Providencia de 12 de diciembre de 1996 se fijó la fecha de la vista.

La vista se celebró en la sede del Tribunal el día 8 de enero de 1997 y en ella intervinieron el Servicio de Defensa de la Competencia, representado por la Instructora del expediente y los representantes legales de UNESPA, La Preventiva, SA., EMSFM y del Ayuntamiento de Madrid.

El Servicio de Defensa de la Competencia, tras resumir las vicisitudes del expediente, concluyó acusando a la EMSFM de la realización de prácticas de abuso de posición de dominio en el mercado madrileño de la prestación de servicios funerarios, prohibidas por el artículo 6 LDC, consistentes en haber acordado en el año 1991: a) Un aumento injustificado de las tarifas de los servicios funerarios; b) La supresión de los servicios números 3 y 4, de modo que se ha producido un encarecimiento de las prestaciones más demandadas; y c) Un recargo del 300% para los servicios prestados a las personas no empadronadas en el municipio de Madrid.

UNESPA manifestó que los hechos estaban claros y habían sido aceptados por la propia EMSFM y que lo que se dilucidaba en el expediente era fundamentalmente un problema de naturaleza estrictamente jurídica consistente en determinar, en primer lugar, si las tarifas habían sido aprobadas por el Ayuntamiento de Madrid y, por tanto, si su fijación era o no un acto administrativo; y en establecer, en segundo lugar, si los nuevos precios resultaban abusivos. A su juicio, el Derecho de la Competencia resulta perfectamente aplicable a los monopolios públicos; no existe, en el caso que nos ocupa, actuación administrativa alguna ni amparo legal que exima a la EMSFM de responsabilidad; y los incrementos de precios resultan abusivos no tanto por su cuantía sino por la ausencia de justificación económica. Por todas estas razones solicitaba que se condenara a la EMSFM como autora de diversas prácticas de abuso de posición dominante.

El representante legal de La Preventiva, SA. se adhirió a lo expuesto por UNESPA.

La EMSFM se refirió, en primer lugar, a los diversos defectos procesales denunciados a lo largo de la tramitación del expediente, que, a su juicio, viciaban de nulidad el procedimiento; en este punto, alegó la indefensión a los efectos de presentación de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Seguidamente, defendió: a) Que las tarifas de los servicios funerarios eran precios públicos que no se fijaban por la empresa sino por el Ayuntamiento de Madrid. b) Que, por tanto, la aprobación de las tarifas era un acto administrativo del Ayuntamiento del que no se podía culpar a la EMSFM. c) Que no existe situación de monopolio para los servicios funerarios prestados a los no residentes en Madrid, de modo que no cabe hablar de abuso en este caso. Y concluyó solicitando que el Tribunal declarara la nulidad de todo lo actuado o, subsidiariamente, procediera a sobreseer el expediente.

Finalmente, el Ayuntamiento de Madrid invocó la incompetencia del Tribunal de Defensa de la Competencia para enjuiciar los actos administrativos; defendió el carácter administrativo de la actuación de la EMSFM ya que, al ser una empresa encargada de la gestión de un servicio público de titularidad municipal, cuando establece una tarifa es como si lo hiciera el propio Ayuntamiento; y concluyó alegando que, en todo caso, la subida estaba justificada por las pérdidas de la empresa.

17. El Pleno del Tribunal deliberó sobre el expediente en sus sesiones de 8 y 9 de enero, 30 de septiembre, 7 y 21 de octubre de 1997.
18. Se consideran interesados:
 - Unión Española de Entidades Aseguradoras (UNESPA).
 - La Preventiva, S.A.
 - Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A.
 - Excmo. Ayuntamiento de Madrid.

HECHOS PROBADOS

1. La EMSFM es una sociedad anónima de economía mixta, cuyo capital se distribuye entre el Ayuntamiento de Madrid y accionistas privados. Su objeto social es la prestación de servicios funerarios y la gestión de los cementerios municipales de la ciudad de Madrid.

2. En el año 1991 la citada empresa era concesionaria de los servicios funerarios de Madrid que estaban municipalizados en régimen de monopolio.

En dicho año la EMSFM tenía posición de dominio en el mercado definido como la prestación de servicios funerarios en el area metropolitana de Madrid, en virtud de la condición de monopolio legal conferida por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 29 de abril de 1996.

3. El 22 de julio de 1991 el Consejo de Administración de la EMSFM, según consta en el Libro de Actas de las sesiones del Consejo, acordó establecer diversas modificaciones y aumentos de las tarifas de los servicios funerarios para el año 1992 que, por lo que respecta al presente expediente, consistían en :

- a). Un incremento generalizado de las tarifas de los servicios funerarios de un 15,92% como promedio.
- b). La supresión de los antiguos servicios funerarios números 3 y 4.
- c). El establecimiento de un canon de manipulación de coronas cuya cuantía se fijaría entre las 3.000 y 4.000 ptas.
- d). El establecimiento de un recargo del 300% en la tarifa aplicable a los fallecidos en Madrid que no estuvieran empadronados en dicho municipio.

4. Los hechos anteriores han sido admitidos como ciertos por la EMSFM en su escrito de contestación al pliego de concreción de hechos de infracción, que obra en el folio 227 del expediente, y en sus diversos escritos de alegaciones en los que únicamente discute la naturaleza de los precios y su aprobación por el Ayuntamiento de Madrid.

La certeza de los citados hechos, especialmente la subida generalizada de las tarifas, el incremento del 300% de la tarifa aplicable a los no residentes en Madrid y el establecimiento de un canon de manipulación de coronas, se reconoce también en el Informe de la empresa auditora Arthur Andersen de fecha 24 de julio de 1996, presentado por la propia EMSFM (Vid. folio 195 del expediente del TDC), aunque en el mismo se afirma que los dos últimos conceptos tarifarios nunca fueron aplicados.

5. Los precios de los servicios en el año 1991 eran los siguientes:

Servicio nº 2	39.889 ptas.
Servicio nº 3	82.650
Servicio nº 4	103.687
Servicio nº 5	122.863

Al suprimir los servicios números 3 y 4, la escala de tarifas para el año 1992, con el correspondiente aumento, pasaba del servicio nº 2 al nº 5:

Servicio nº 2	46.239 ptas.
Servicio nº 5	160.937

Se da la circunstancia de que los servicios números 3 y 4 eran los más utilizados por las compañías de seguros del ramo de enterramientos, las cuales representan entre el 61 y el 76 % de los servicios prestados.

6. Del examen de las tarifas se desprende que éstas no guardan relación con los costes de prestación de los servicios (folios 357 a 361).

Además se advierte que, en el período de tiempo sobre el que versa el expediente, las inversiones realizadas en los cementerios municipales se repercutían también sobre las tarifas de la prestación de los servicios funerarios. Este aspecto ha sido criticado por la empresa auditora Arthur Andersen en el citado Informe de fecha 24 de julio de 1996 y fue denunciado también por la Inspección de Hacienda de Madrid.

7. Las nuevas tarifas aprobadas por el Consejo de Administración de la EMSFM se integraron en la previsión de ingresos y gastos que figura como Anexo del Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid, el cual fue aprobado por el Pleno, con carácter provisional, en su sesión de 15 de noviembre de 1991 (BOCM de 18 de noviembre de 1991) y, con carácter definitivo, en su sesión de 19 de diciembre de 1991.

Así lo afirma el Informe del Jefe del Departamento del Area de Sanidad y Consumo del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 13 de febrero de 1992, que obra en el folio 34 del expediente del SDC, el cual dice expresamente:

A estos efectos es preciso señalar que los precios privados para 1992 fueron aprobados por dicha empresa y se integraron en la previsión de ingresos y gastos, en el Presupuesto General del Ayuntamiento, que fue aprobado inicialmente en el Pleno celebrado el 15 de noviembre de 1991 y en forma definitiva en el de 19 de diciembre de 1991.

Este hecho resulta corroborado también por una certificación de la Jefe del Departamento Central del Área de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid, que obra en el folio 429 del expediente del SDC.

8. Por otra parte, del examen de las actas de los Plenos del Ayuntamiento de Madrid y de la lectura del "Boletín del Ayuntamiento de Madrid" (que es una publicación oficial) se desprende que durante los años 1991, 1992, 1994 y 1995 no se adoptó por parte del Pleno del Ayuntamiento de Madrid ningún acuerdo sobre aprobación de las tarifas de la EMSFM.

En el acta de la sesión del Pleno del Ayuntamiento de Madrid correspondiente al día 19 de diciembre de 1991 se contiene el siguiente acuerdo relativo a la aprobación de los Presupuestos Municipales:

Se aprueba el Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid para el ejercicio de 1992, integrado por el de la propia Entidad, los de los Organismos Autónomos dependientes de la misma y los estados de previsión de gastos e ingresos de las sociedades mercantiles con capital municipal.

Acuerdos similares se contienen también en las actas de las sesiones del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 23 de diciembre de 1993, 31 de enero de 1994 y 22 de noviembre de 1994, en las que se aprobaron los respectivos Presupuestos Municipales para los años siguientes.

Así lo certifica el Jefe del Departamento de Constitución y Funcionamiento Corporativo del Ayuntamiento de Madrid en documento que obra en el folio 461 del expediente del TDC.

Finalmente de la lectura de dichas actas se desprende que solamente una vez, y con referencia al año 1993, el incremento de las tarifas de los servicios funerarios gestionados por la EMSFM fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid. En efecto, en el acta de la sesión de 18 de noviembre de 1992, consta el acuerdo de *aprobar las tarifas de la EMSFM que regirán en 1993, en las cuantías que se determinan en su presupuesto* (Sin embargo, según la certificación del Secretario General de la Corporación y lo publicado en el Boletín del Ayuntamiento de Madrid, nº 5004, de 24 de diciembre de 1992, el Acuerdo del Pleno es de fecha 22 de diciembre de 1992). La excepcionalidad del proceso de aprobación de las tarifas con respecto a ese año se explica por las discrepancias surgidas en el seno del Consejo de Administración de la EMSFM en torno a la creación de un nuevo servicio funerario (el denominado "servicio integral") y la oposición del Concejal de Hacienda.

9. Un estudio comparativo de los precios (sin IVA) aplicados en la provincia de Madrid en el año 1992 para un servicio funerario similar al nº 5 de la EMSFM ofrece los siguientes resultados:

EMSFM. Madrid	142.423 Ptas.
S.F. Alcalá Torrejón	112.925
S.F. Montero. Leganés-Getafe	107.225
F. El Carmen.Navalcarnero	88.900
S.F. Aranjuez	88.900
F. N ^a S ^a de los Remedios.Colmenar	88.900

10. La cifra de negocios de la EMSFM en el año 1996 fue de 9.180.682.000 ptas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Como puede apreciarse leyendo los Antecedentes de Hecho, a lo largo de la tramitación de este expediente se han producido múltiples incidentes, que han venido retrasando su resolución. Algunas de las cuestiones que dieron origen a estos incidentes han sido nuevamente invocadas por la EMSFM en la vista oral, de modo que, con carácter preliminar, procede ahora pronunciarse sobre las mismas.

1.1. En primer lugar, la EMSFM ha intentado combatir en esta instancia los efectos procesales atribuidos por el Tribunal a la revocación del acuerdo de sobreseimiento del expediente.

La determinación del procedimiento a seguir cuando se produce, en vía de recurso, la revocación del Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia por el que se sobresee un expediente sancionador, es una cuestión no resuelta por la Ley de Defensa de la Competencia, que no contiene ningún pronunciamiento expreso al respecto.

La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de marzo de 1991 (Bombas de cobalto) analizó esta cuestión y planteó las diferentes alternativas procedimentales existentes: a) Que el Tribunal resolviera, sin más trámite, sobre el fondo del asunto; b) Que el Tribunal devolviera el expediente al Servicio de Defensa de la Competencia para que completara la instrucción y formulara, en su caso, la correspondiente acusación; y c) Que el Tribunal prosiguiera el procedimiento por los cauces previstos en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Defensa de la Competencia, circunscribiendo el expediente y la acusación a los hechos contenidos en el pliego de cargos formulado, en su momento, por el Servicio de Defensa

de la Competencia. Y, como es sabido, a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, se decantó por la última de ellas. La citada Resolución fue recurrida por la empresa expedientada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, la cual, en su Sentencia de 17 de noviembre de 1994, desestimó el recurso y confirmó el pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia sin haber observado ninguna irregularidad en el procedimiento seguido.

Teniendo en cuenta este precedente y, además, los siguientes datos que concurrían en el caso: a) Que el Servicio de Defensa de la Competencia había realizado una instrucción suficiente; b) Que los hechos estaban claros y eran aceptados sin discusión por todos los interesados; y c) Que la única cuestión sometida a debate era de estricta interpretación jurídica y consistía, como anteriormente se ha indicado, en determinar la naturaleza de las tarifas de la EMSFM y, en su caso, el amparo legal de los acuerdos que motivaron su incremento, el Tribunal consideró adecuado proseguir la tramitación del expediente por los cauces previstos en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Defensa de la Competencia (Resolución de 31 de mayo de 1995).

Así pues, no ha habido ninguna actuación arbitraria del Tribunal, sino una decisión que encuentra su justificación, desde la óptica de la justicia administrativa, en los principios de flexibilidad y economía procesal.

1.2. Asimismo, la EMSFM ha tachado la actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia en este caso de arbitraria, porque se ha separado injustificadamente de los precedentes sentados por las Resoluciones de 30 de octubre de 1993 (EMORVISA), 15 de abril de 1996 (Handling en Aeropuertos) y 6 de septiembre de 1996 (Funerarias de Madrid 3).

Frente a esta imputación hay que señalar, en primer lugar, que las Resoluciones citadas como precedentes no se refieren a las mismas cuestiones. Así por ejemplo, a los efectos que aquí se invocan, las dos últimas plantean la devolución del expediente al Servicio de Defensa de la Competencia ante la falta de instrucción, mientras que la Resolución que pone fin al caso EMORVISA, confirma el sobreseimiento acordado por el Servicio de Defensa de la Competencia al constatar que las tarifas de los servicios funerarios habían sido establecidas por el Ayuntamiento de Vigo a través de una Ordenanza Municipal y no eran, por tanto, fruto de una decisión empresarial. Por esta razón se abordará en este momento solamente la cuestión relativa a los precedentes de devolución del expediente al Servicio de Defensa de la Competencia, dejando para más adelante el tema relativo a la aprobación de las tarifas de los servicios funerarios por las Corporaciones Municipales.

Las Resoluciones de 15 de abril de 1996 y 6 de septiembre de 1996 establecieron la revocación de sendos acuerdos del Servicio de Defensa de la Competencia por los que se sobreseyeron dos expedientes sancionadores y la devolución de los expedientes al citado Servicio para que prosiguiera allí su tramitación y se completara la instrucción. La EMSFM ha puesto un especial énfasis en destacar el hecho de que, en ambos casos, se produjo la devolución del expediente al Servicio; sin embargo, olvida a sabiendas que la principal razón que motivó la devolución fue que había habido una insuficiente instrucción. Y es precisamente en este segundo hecho, donde radica la diferencia entre las soluciones adoptadas por las Resoluciones de 15 de abril de 1996 y 6 de septiembre de 1996 y la seguida por la criticada Resolución de 31 de mayo de 1995. En efecto, cuando el Tribunal considera que hay que proseguir la investigación y completar la instrucción, no puede hacer otra cosa que devolver el expediente al Servicio porque carece de facultades de instrucción. Pero esta afirmación, que resulta congruente con la doctrina expresada en las Resoluciones de 15 de abril y 6 de septiembre de 1996, no significa que no pueda existir otra alternativa que se aplique en aquellos casos en los que, habiendo suficiente instrucción y no planteándose ninguna controversia sobre los hechos constitutivos de una infracción de las normas de la competencia, las discrepancias se centren exclusivamente sobre cuestiones de interpretación o calificación jurídica que deberán ser resueltas definitivamente por el Tribunal. Y esto último es precisamente lo que sucede en el presente expediente, como ya se ha indicado en el apartado anterior.

1.3. Se ha invocado también, como causa que genera la nulidad de actuaciones, la realización por el Tribunal de tareas de instrucción, ajenas a las funciones que la Ley de Defensa de la Competencia le atribuye.

Frente a esta alegación hay que señalar, por una parte, que, como ya se ha indicado anteriormente, la clave argumental que llevó al Tribunal a adoptar la solución procesal de continuar la tramitación del expediente fue precisamente el hecho de que la labor de instrucción era suficiente y no se necesitaba completarla; y, por otra, que, en la fase procesal desarrollada ante el Tribunal, éste Organismo no ha desarrollado ninguna labor inquisitoria y, por tanto, que las únicas pruebas que se han practicado han sido, como puede apreciarse leyendo el Antecedente de Hecho nº 12 de esta Resolución, las solicitadas por la propia EMSFM en el ejercicio de su derecho de defensa.

1.4. Aunque la cuestión de la recusación del Ponente fue desestimada por Auto de 9 de mayo de 1996, en el que se resolvía la improcedencia de la

misma al considerar, por una parte, que no se daba la causa alegada, puesto que el Sr. Alonso no era amigo ni enemigo de ninguno de los administradores, asesores, representantes legales o mandatarios de la EMSFM y, por otra, que las declaraciones del entonces Presidente en funciones del Tribunal no hacían sino recoger las ideas contenidas en el Informe del Tribunal titulado "Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios", publicado en el año 1993; sin embargo, la EMSFM ha aducido que la forma en que se resolvió el citado incidente genera la nulidad de actuaciones. A su juicio, el incidente tendría que haber sido resuelto por el superior jerárquico del Tribunal de Defensa de la Competencia, en este caso el Ministro de Economía y Hacienda, en lugar de serlo por el propio Pleno del Tribunal sin que participara en la deliberación y decisión la persona recusada.

A este respecto el Tribunal considera que la alegación resulta también infundada. En primer lugar, porque el Tribunal, si bien se encuentra incardinado orgánicamente en un Departamento Ministerial, sin embargo no está sometido a ninguna dependencia jerárquica del Ministro correspondiente, antes al contrario, tal y como se establece en el artículo 20 de la Ley de Defensa de la Competencia, ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico. Y, en segundo lugar, porque la propia Ley de Defensa de la Competencia determina en su artículo 27 letra c) que corresponde al Pleno del Tribunal *resolver sobre las recusaciones, incompatibilidades y correcciones disciplinarias de sus miembros*.

A mayor abundamiento el Tribunal Constitucional, por Auto de 16 de octubre de 1996, ha acordado por unanimidad inadmitir el recurso de amparo planteado por la EMSFM contra el citado Auto del Tribunal de Defensa de la Competencia.

1.5. Por último la EMSFM ha alegado que se la ha causado indefensión por los siguientes motivos: desconocimiento de los hechos de los que se la acusa y rechazo de la práctica de pruebas esenciales para la defensa.

Estas alegaciones han de ser también desestimadas por infundadas. En efecto, como ha señalado el Tribunal Constitucional, los elementos indispensables en todo proceso de acusación para que no se produzca la indefensión del acusado son la identidad de los hechos que se imputan, la audiencia del interesado y la posibilidad de defenderse (Vid. las sentencias nº 18/1991, 98/1989 y 145/1993). Pues bien, en este caso no cabe hablar de indefensión porque la EMSFM conoce perfectamente la acusación, se ha defendido de ella y ha sido ampliamente oída a lo largo del expediente.

El contenido de la acusación se recogió, primero, en el pliego de concreción de hechos de infracción que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 37. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, le fue formulado a la EMSFM el 11 de mayo de 1992 y, más tarde, en la propia Resolución del Tribunal de 31 de mayo de 1995, que revocó el acuerdo de sobreseimiento y decidió la continuación del expediente ante el Tribunal, la cual le fue debidamente notificada. Resulta, por tanto, sorprendente que la EMSFM niegue ahora el conocimiento de la acusación, cuando consta que, en su momento, presentó un pliego de descargos (folio 227 del expediente) y ha recurrido la citada Resolución ante múltiples instancias, incluido el propio Tribunal de Defensa de la Competencia.

Por otra parte, la citada empresa inculpada ha intervenido a lo largo del procedimiento presentando diversos escritos de alegaciones y múltiples recursos, proponiendo pruebas, interviniendo en la vista oral ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y, en definitiva, ejercitando su derecho a la defensa.

Tampoco puede fundarse la indefensión en la denegación de algunas de las pruebas propuestas por la empresa inculpada porque, por una parte, la Ley concede una amplia discrecionalidad al Tribunal en cuanto a la estimación de la pertinencia de las pruebas (Art. 40.2 LDC) y, por otra, el rechazo de dichas pruebas se produjo por motivos fundados, los cuales fueron, como dijo el Auto de 12 de julio de 1996, en unos casos, el pretender probar hechos ajenos al expediente y, en otros, estar técnicamente mal formuladas (Vid Antecedente de Hecho nº 12).

Finalmente cabe indicar que la EMSFM dispondrá además, en aras de su defensa, de la posibilidad de recurrir esta Resolución ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. Por lo que respecta al análisis de las cuestiones de fondo que plantea este expediente hay que decir, con carácter previo y para despejar todo tipo de dudas, que es doctrina constante de este Tribunal que son los hechos fijados en el pliego de concreción de hechos de infracción (pliego de cargos) los que delimitan el contenido del expediente sancionador y a los que el Tribunal debe atenerse para dictar su Resolución definitiva.

2.1. Dichos hechos son los siguientes: El 22 de julio de 1991 el Consejo de Administración de la EMSFM acordó establecer diversas modificaciones y aumentos de las tarifas de los servicios funerarios para el año 1992 que, por lo que respecta al presente expediente, consistían en: a) Un incremento generalizado de las tarifas de los servicios funerarios de un 15,92% como

promedio. b) La supresión de los antiguos servicios números 3 y 4. Y c) El establecimiento de un recargo del 300% en la tarifa aplicable a los fallecidos en Madrid que no estuvieran empadronados en dicho municipio.

Las nuevas tarifas se integraron en la previsión de ingresos y gastos de la EMSFM que figura como Anexo del Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid, el cual fue aprobado por el Pleno, con carácter provisional, en su sesión de 15 de noviembre de 1991 y, con carácter definitivo, en su sesión de 19 de diciembre de 1991. En el Acta de esta sesión figura literalmente el siguiente acuerdo: *Se aprueba el Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid para el ejercicio 1992, integrado por el de la propia Entidad, los de los Organismos Autónomos dependientes de la misma y los estados de previsión de gastos e ingresos de las sociedades mercantiles con capital municipal.* El citado Acuerdo no se refiere específicamente a la aprobación de las tarifas de la EMSFM

Los hechos anteriores constan documentalmente en el expediente y son aceptados pacíficamente por todos los interesados.

2.2. Tampoco resulta controvertido el dato de que en el año 1991 la EMSFM tenía posición de dominio en el mercado definido como la prestación de servicios funerarios en el área metropolitana de Madrid, en virtud de la condición de monopolio legal conferida por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 29 de abril de 1996.

2.3. Dada esta circunstancia, los hechos anteriormente expuestos pueden ser constitutivos de una práctica de abuso de posición de dominio en el mercado prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. Y por esta razón se ha tramitado el presente expediente.

Sin embargo, durante la tramitación del expediente se ha puesto de manifiesto que, no existiendo ninguna controversia sobre los hechos, la discusión se desplaza a la determinación de la responsabilidad en la que hubiera podido incurrir la EMSFM por su intervención en los mismos.

En definitiva, la cuestión que se debate y que constituye el verdadero núcleo del expediente no es una cuestión fáctica, consistente en probar que la EMSFM aumentó sus tarifas, sino una cuestión de naturaleza estrictamente jurídica, que consiste en determinar si dichas tarifas tienen la consideración de precios privados, en cuyo caso corresponderá establecerlas a la propia EMSFM o, por el contrario, se trata de tasas o precios públicos, supuesto en el que su fijación será competencia del Ayuntamiento de Madrid.

Y, evidentemente, las consecuencias de una u otra calificación conducirán a diferentes resultados. En el primer caso se podrá imputar a la EMSFM la realización de una práctica restrictiva de la competencia, si se llegara a la conclusión, claro está, de que los citados precios resultaban abusivos en los términos previstos en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia; mientras que en el segundo estaríamos en presencia de un acto administrativo de la Corporación Municipal, de obligado cumplimiento para la EMSFM, la cual, por esta razón, no sería responsable de la práctica indicada.

3. En relación con este punto se ha planteado la cuestión del sometimiento de los monopolios y de las empresas públicas a la normativa sobre la defensa de la competencia.

3.1. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre hechos constitutivos de infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia en los que han intervenido empresas con participación municipal o creadas por los Ayuntamientos para la prestación de servicios funerarios en régimen de monopolio, para lo que indudablemente están habilitadas en virtud del reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica (Arts. 128.2 de la Constitución Española y 25. j) y 86.3 de la Ley de Bases de Régimen Local). Así, en la Resolución de 21 de septiembre de 1993 (Marmolistas de Fuengirola) ante una empresa propiedad del Ayuntamiento, que, debido a su forma jurídica mercantil, actuaba en el tráfico como un empresario, el Tribunal dijo que este hecho era suficiente para aplicar en su integridad el derecho de la competencia ya que *"... si por su propia voluntad un operador público ha decidido transformarse, en parte al menos, en un operador de mercado, ha de hacerlo con todas sus consecuencias y aceptando la integridad de la legislación común que se aplica al resto de los demás sujetos del ordenamiento jurídico en que actúa"*. Esta doctrina se reitera en la citada Resolución de 30 de octubre de 1993 (EMORVISA) en la que se resume la postura del Tribunal respecto del enjuiciamiento de actividades económicas desarrolladas por las Corporaciones Locales desde el punto de vista del derecho de la competencia y se establece: a) Que la defensa de la competencia vincula a todos los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales. b) Que los monopolios locales no se sustraen a la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. 3) Que, a los efectos de determinar la existencia de un abuso de posición dominante, resulta irrelevante que el servicio público sea prestado directamente por el Ayuntamiento o indirectamente a través de una sociedad mercantil de capital público o economía mixta. Y 4) Lo que, en cambio, si resulta trascendente es si la actividad desarrollada por el monopolista se encuentra

sujeta a regulación administrativa y si en dicho supuesto el comportamiento del monopolista se ha ajustado a las normas establecidas o ha actuado al margen de ellas.

3.2. En el mismo sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha precisado el alcance del sometimiento de las empresas públicas a las normas de competencia y las obligaciones de los Estados al respecto. Así ha afirmado: Que las empresas a las que los poderes públicos han otorgado derechos exclusivos en el sentido del art. 90 TCEE, se someten a las reglas de la competencia establecidas en el propio Tratado, especialmente a las contenidas en el art. 86 (Vid. sentencias de 3 de octubre de 1985, as. CBEM/CLT y IPB; 17 de mayo de 1994, as. Corsica Ferries/Corpo dei Piloti del Porto di Genova; 10 de diciembre de 1991, as. Mercati Convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrieli). Que los poderes públicos no pueden imponer a las empresas a las que se han otorgado tales derechos exclusivos, como el monopolio del servicio exterior de pompas fúnebres, condiciones de precios contrarias a lo dispuesto en los arts. 85 y 86 (Sentencia de 4 de mayo de 1988, as. Corinne Bodson/Pompas Fúnebres de las Regiones Liberadas). Y que únicamente quedan excluidas del concepto de empresa y, por lo tanto, del ámbito de aplicación de los citados arts. 85, 86 y 90 TCEE los organismos o entes cuyas actividades son típicamente el ejercicio de prerrogativas del poder público y no presentan un carácter económico que justifique la aplicación de las reglas del Tratado (Sentencia de 19 de enero de 1994, as. SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol).

3.3. Finalmente, hay que recordar a este respecto que el artículo 6.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, referido a la prohibición del abuso de posición dominante, establece lo siguiente:

Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

4. En materia de tarifas hay que tener presente que, según la Ley de Bases de Régimen Local y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, vigentes en el año 1991, los servicios funerarios constituyen un servicio público esencial que tienen que prestar los Ayuntamientos, pudiendo gestionarse de forma directa o indirecta --incluso a través de sociedades mercantiles--, tanto en régimen de libre competencia como en régimen de monopolio.

En Madrid, como es sabido, dichos servicios se prestan según el sistema de gestión indirecta, y en régimen de monopolio, por la EMSFM, que es

una sociedad de economía mixta, constituida bajo la forma de sociedad mercantil.

Por último, ha resultado probado que las tarifas a cobrar por la prestación de dichos servicios en el municipio de Madrid se determinan libremente por la citada empresa, si bien posteriormente se reflejan en la previsión de ingresos y gastos de la misma, que necesariamente ha de incorporarse, como uno de los anexos, al Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid.

4.1. Las tarifas de los servicios funerarios tienen la naturaleza de precios privados que fija y aprueba libremente el Consejo de Administración de la EMSFM. El hecho de que posteriormente se reflejen en la previsión de ingresos y gastos de la citada empresa que se incorpora al Presupuesto General del Ayuntamiento de Madrid no devirtúa su naturaleza, como más adelante se indicará.

El carácter de precios privados de las tarifas de la EMSFM ha sido afirmado por el propio Ayuntamiento de Madrid en los siguientes documentos que obran en el expediente:

- a) Informe del Consejero de Régimen Jurídico de la Dirección de Servicios de Coordinación y Seguimiento de Organismos Autónomos y Empresas del Ayuntamiento de Madrid (folios 414 y ss del expediente) que literalmente dice:

La primera premisa que debe dejarse zanjada es la de que, tratándose la EMSFM de una sociedad mercantil, los precios de sus servicios han de tener forzosamente la consideración de "precios privados", los cuales son aprobados por sus órganos rectores, como en cualquier otra sociedad mercantil, con el fin de cubrir los costes reales del servicio prestado.

- b) Escrito del Jefe del Departamento del Área de Sanidad y Consumo del Ayuntamiento de Madrid de 13 de febrero de 1992 (folio 34 del expediente) que se expresa en los siguientes términos:

A estos efectos es preciso señalar que los precios privados para 1992 fueron aprobados por dicha empresa y se integraron en la previsión de ingresos y gastos, en el Presupuesto General del Ayuntamiento, que fue aprobado inicialmente en el Pleno celebrado el 15 de noviembre de 1991 y en forma definitiva en el de 19 de diciembre de 1991.

- c) Certificado de la Jefe del Departamento Central del Area de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid con respecto al dato de que las tarifas de los servicios funerarios son fijadas libremente por la EMSFM y posteriormente se incorporan a los expedientes de aprobación de los respectivos Presupuestos Generales del Ayuntamiento de Madrid (folio 429 del expediente).

4.2. Según la Ley de Haciendas Locales, precio privado es la contraprestación que se paga por los servicios prestados por un ente público o empresa pública que desarrolla una actividad económica sometida al Derecho privado (Art. 3). Sólo se excluyen de esta categoría los ingresos que procedan de la utilización de bienes de dominio público local (Art. 3.3).

Los precios fijados por la EMSFM para la prestación de los servicios funerarios encajan perfectamente en esta categoría jurídica.

Sin embargo, la EMSFM, basándose en el último apartado del precepto citado, trata de desvirtuar esta interpretación introduciendo un factor de confusión al afirmar que las tarifas aplicadas por dicha empresa no pueden ser consideradas precios privados, por cuanto que comportan el pago por la utilización de tanatorios y cementerios, que son bienes de dominio público; cuando queda claro en el expediente que a la citada EMSFM sólo se le imputan incrementos abusivos de tarifas en la prestación de los servicios funerarios en sentido estricto (manipulación del cadáver, enferetrado, embalsamamiento, venta del ataúd, transporte, montaje de la capilla ardiente, etc.) que no conllevan utilización de ningún tipo de bienes de dominio público.

Por otra parte, hay que rechazar la afirmación de que se trata de precios públicos puesto que no reúnen los requisitos legales establecidos al efecto (Art. 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos). En efecto, en el caso de los servicios funerarios en sentido estricto ni se da el requisito relativo a que la prestación se realice en régimen de Derecho público, ni la circunstancia de que no sean de solicitud o recepción obligatoria por los administrados, sino de contratación voluntaria para quien los paga.

4.3. Además las tarifas de la EMSFM no han sido aprobadas por el Ayuntamiento que, como se demuestra a través de la lectura de las actas del Pleno de la Corporación y de las manifestaciones de la Jefe del Departamento Central del Area de Economía y Hacienda. El Ayuntamiento únicamente toma en consideración los estados de previsión de ingresos y gastos que le presentan las sociedades mercantiles con capital municipal.

Y en esto precisamente se diferencia este expediente del caso EMORVISA, por lo que no cabe invocar dicho caso como precedente. En efecto, la Resolución de 30 de octubre de 1993, confirmó el sobreseimiento de un expediente en el que previamente el Servicio de Defensa de la Competencia había presentado un pliego de cargos contra la empresa EMORVISA, que prestaba los servicios funerarios en la ciudad de Vigo en régimen de monopolio, por abuso de posición de dominio en el mercado. Esta Resolución fue invocada por el Servicio de Defensa de la Competencia para fundar el sobreseimiento del presente expediente, aunque, como ya tuvo ocasión de manifestar el Tribunal en su Resolución de 31 de mayo de 1995, no resultaba aplicable al caso porque los hechos enjuiciados en dicha Resolución no eran idénticos a los ahora contemplados. En aquella ocasión se imputaba a la empresa EMORVISA la aplicación de un incremento de tarifas que había sido establecido por una Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Vigo, mientras que en este caso, no sólo no hay aprobación de las tarifas por el Ayuntamiento, sino que consta expresamente que la EMSFM ha suprimido y modificado servicios y ha establecido aumentos de tarifas sin que el Ayuntamiento de Madrid haya intervenido en el proceso. Esta diferencia basta por sí sola, sin necesidad de entrar en otros aspectos diferenciadores entre ambos expedientes, para impedir la aplicación parcial de la doctrina del Tribunal en que se apoya el Acuerdo de Sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia.

4.4. De las consideraciones anteriores aplicadas al caso concreto resulta que la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. es plenamente responsable de haber acordado el día 22 de julio de 1991 las siguientes modificaciones y aumentos de las tarifas de los servicios funerarios, las cuales comenzarían a aplicarse en el año 1992:

- a). Un incremento generalizado de las tarifas de los servicios funerarios de un 15,92% como promedio.
- b). La supresión de los antiguos servicios funerarios números 3 y 4.
- c). El establecimiento de un recargo del 300% en la tarifa aplicable a los fallecidos en Madrid que no estuvieran empadronados en dicho municipio.

Si bien hay constancia en el expediente de que este último concepto nunca llegó a aplicarse.

5. Llegados a este punto, hay que plantearse, por último, si los acuerdos adoptados por la EMSFM en relación con las tarifas para el año 1992, que

son objeto de este expediente, tienen carácter abusivo y, en consecuencia, resultan prohibidos por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

A este respecto cabe señalar que el citado artículo 6. en su número 2 letra a) considera la imposición de precios no equitativos como un típico comportamiento abusivo. Así pues, para poder determinar el carácter abusivo de un incremento de precios habrá que analizar ante todo su justificación.

5.1. En este caso la justificación aportada por la EMSFM no resulta convincente. La citada empresa no realizó, en su momento, ningún estudio que apoyara la necesidad del aumento de las tarifas y en consecuencia no ha podido presentar ninguna memoria económica relativa al tema. La única explicación dada por la EMSFM a lo largo del expediente ha sido la existencia de cuantiosas pérdidas, que en el año 1991 se elevaban a la cantidad de 686 millones de ptas. y el haber tenido que realizar importantes inversiones en tanatorios y cementerios municipales. A este respecto hay que decir, por una parte, que la existencia de pérdidas no justifica por sí sola el aumento de las tarifas, antes bien refuerza la conclusión de que la EMSFM se ha comportado como un monopolista típico que opta siempre por subir los precios y repercutir su ineficiencia sobre el consumidor en lugar de tratar de reducir sus costes, política que puede practicar por no tener ningún competidor; y, por otra, que los costes de las inversiones en tanatorios y cementerios, como han tenido ocasión de manifestar el Informe de Auditoría de Arthur Andersen y la Inspección de Hacienda de Madrid, no deben repercutirse sobre las tarifas de los servicios funerarios.

5.2. En consecuencia, ante la ausencia de cualquier tipo de estudio económico que justifique el aumento de las tarifas y teniendo en cuenta los siguientes factores: a) que durante el año 1991 no se produjeron importantes aumentos en los costes que debía soportar la EMSFM ; b) que la subida generalizada de las tarifas se cifraba en un 15,92% cuando el índice de precios al consumo (IPC) para dicho período había sufrido tan sólo un incremento del 5,5% ; y c) que los precios cobrados por la EMSFM resultaban los más elevados en comparación con las empresas funerarias que operaban en su entorno geográfico más próximo; hay que concluir que el incremento generalizado de las tarifas para el año 1992 resultó abusivo.

A la misma conclusión se llega al analizar la supresión de los servicios funerarios números 3 y 4 que, como se ha demostrado, eran los de mayor demanda, pues además de lo expuesto anteriormente y frente a la explicación dada por la EMSFM de que dichos servicios eran deficitarios,

se puede constatar, una vez más, que el salto cuantitativo que se produjo en la escala de los servicios alcanzó casi el doble de lo que constaban anteriormente.

Y no cabe aducir en contra de estas consideraciones, como hace la EMSFM, que dichos servicios fueron reemplazados por el llamado "servicio integral", que supuso una importante disminución en el precio que la propia empresa cifra en un 12%, ya que dicho servicio no fue aprobado y puesto en práctica hasta mayo de 1993, es decir casi dos años después de la época a que se refiere el expediente.

Finalmente el recargo del 300% en la tarifa a aplicar a los no empadronados en Madrid no sólo ha de considerarse abusivo en función de las anteriores consideraciones, sino también discriminatorio. Sin embargo, como ya se ha indicado, dicho recargo no fue puesto en práctica.

5.3. Este comportamiento de la EMSFM ha causado un grave perjuicio a los consumidores, que han visto como se encarecía, directa o indirectamente en el caso de los seguros, de modo injustificado un servicio necesario que, al prestarse en régimen de monopolio, era de obligada adquisición ya que no existía ninguna otra oferta empresarial alternativa.

6. El artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que el Tribunal podrá imponer a las empresas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en el artículo 6 de la misma una multa cuya cuantía máxima alcanzará el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la Resolución.

De conformidad con dicho precepto procede imponer a la EMSFM una sanción económica, dado que, al establecer los incrementos de las tarifas para 1992, ha actuado de modo consciente y deliberado, ejerciendo su poder de mercado en perjuicio de los consumidores y de la economía nacional.

Para la determinación de la cuantía de la sanción se han tenido en cuenta, tal y como establece el artículo 10.2 de la citada Ley de Defensa de la Competencia, las siguientes circunstancias: a) La existencia de tres prácticas restrictivas de la competencia, aunque la responsabilidad de la EMSFM se ve mitigada en parte por el hecho de que el uno de los acuerdos no se pusiera en práctica. b) La modalidad de la restricción de la competencia que, al tratarse de una imposición de precios no equitativos, ha de considerarse como una infracción muy grave. c) La dimensión del mercado afectado que, aunque en este caso es de carácter local, se refiere a una ciudad que es la capital del país y una de las de mayor

población de España. d) La cuota de mercado de la empresa inculpada que, al ser un monopolio legal, alcanza la totalidad de dicho mercado. e) El efecto de la restricción de la competencia sobre los consumidores y usuarios que, como se ha visto, ha sido muy importante y de extraordinaria gravedad. Y f) La duración de la restricción de la competencia que, aunque reducida a un año, ha continuado produciendo sus efectos durante años sucesivos porque los posteriores aumentos de tarifas toman siempre como base las tarifas del año anterior.

A la vista de estas circunstancias el Tribunal ha decidido imponer a la EMSFM una sanción económica equivalente al 1,5% de su cifra de ventas del año 1996, que asciende a 9.180.682.000 ptas., por lo que la cuantía de la multa queda fijada en 137.710.000 ptas.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

Primero. Declarar que en el presente expediente ha resultado acreditada la realización por la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. de diversas prácticas de abuso de su posición de dominio en el mercado consistentes en haber acordado las siguientes modificaciones y aumentos de las tarifas de los servicios funerarios a aplicar en el año 1992:

- a) Un incremento generalizado de las tarifas de los servicios funerarios de un 15,92% como promedio.
- b) La supresión de los antiguos servicios funerarios números 3 y 4.
- c) El establecimiento de un recargo del 300% en el precio de los servicios para los fallecidos en Madrid que no estuvieran empadronados en dicho municipio.

Segundo. Intimar a la citada empresa para que se abstenga en lo sucesivo de realizar tales conductas.

Tercero. Ordenar a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de máxima difusión de Madrid.

- Cuarto. Imponer a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. una multa de 137.710.000 ptas.

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

VOTO PARTICULAR DEL VOCAL SR. BERMEJO ZOFÍO

1. A mi modo de ver este expediente debería haberse terminado con una simple declaración de que los hechos denunciados constituyen un abuso de posición dominante del Art. 6 LDC (Art. 46.1.b), sin imposición de multa (Art. 46.2.b) ni ninguna otra de las consecuencias propias de la infracción administrativa que sólo proceden cuando hay una previa acusación del Servicio que, en este caso, no se ha producido.
2. La LDC contempla y protege dos intereses: uno, en términos generales, es el funcionamiento competitivo del mercado; el otro, es el de los perjudicados o afectados por la conducta infractora.

2.1. La defensa del primero se encomienda exclusivamente al Servicio, que es quien únicamente puede formular la acusación, no admitiéndose ni la acción popular ni que el Tribunal supla al Servicio. El Tribunal únicamente puede variar la calificación del Servicio, antes de dictar resolución, en el procedimiento sancionador (Art. 43.2), procedimiento que arranca ante el Tribunal de la admisión a trámite de un expediente en el que existe un pliego de cargos mantenidos por el Servicio, al menos en parte, en el informe-propuesta. Pero si el Servicio no abre expediente o, abierto, lo sobresee, ahí termina todo: el Tribunal no tiene la facultad de corregir, de oficio, aquellas decisiones, por muy perseguibles que le parezcan las conductas denunciadas. La comunicación al Tribunal del archivo de las actuaciones que el Art. 36.6 impone al Servicio es sólo para su conocimiento.

2.2. El interés de los perjudicados por la conducta infractora lo protege la Ley concediéndoles -a los titulares de un interés personal, legítimo y directo, precisan los Arts. 14.2 y 15.1 del Reglamento del Servicio- el derecho a que la Administración, mediante el correspondiente procedimiento (Art. 36.2 LDC), declare la ilicitud de la conducta que les

afecta; y atribuyéndoles, en un segundo momento, el derecho de recurso contra el archivo de su denuncia o contra el sobreseimiento del expediente (Arts. 47 y 37.4).

Estos recursos, lo mismo que la acción inicial, tutelan exclusivamente un interés privado, que es el de que se declare la ilicitud de las conductas para que el juez civil pueda deducir las consecuencias correspondientes, entre ellas, declarar la nulidad o anulabilidad del acto, declaración que no está entre las que puede hacer el Tribunal (Art. 46) y la indemnización de daños, para la que se exige que la declaración de la ilicitud de la conducta sea firme "en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional" (Art. 13.2). La STS de 30 de diciembre de 1993 ha despejado cualquier duda sobre la competencia exclusiva de la Administración para hacer esta declaración, sin que el juez civil pueda, ni siquiera a los limitados efectos del proceso, proveer en su lugar.

2.3. La interposición de un recurso no atribuye al Tribunal la facultad de formular unos cargos que no ha imputado el Servicio. Permite al Tribunal examinar si el archivo de la denuncia estuvo bien decretado, para que ordene al Servicio, si no es así, la apertura del expediente previsto en la Ley, que es el medio de fijar los hechos denunciados, sin prejuzgar su resultado final. Y en el sobreseimiento le permite examinar si la instrucción realizada ha sido la suficiente y si se han atendido los derechos de defensa de las partes, especialmente en materia de prueba -a diferencia del procedimiento sancionador (Art. 40) en el procedimiento de recurso (Art. 48) la Ley excluye el trámite probatorio ante el Tribunal- para que ordene al Servicio que complete la instrucción o atienda las pruebas propuestas y, a su vista, proceda a formular, o reformular, el pliego de cargos. Del mismo modo actuará el Tribunal cuando entienda que la valoración de los hechos o la interpretación de la Ley que ha efectuado el Servicio no son correctas: indicará cuáles son las adecuadas para que el Servicio actúe en consecuencia. Así viene procediendo ordinariamente el Tribunal; y así debería proceder siempre, en garantía del expedientado, según una opinión minoritaria (AH5).

No obstante, si la instrucción está completa y los hechos denunciados se admiten por las partes, que es el supuesto del que se ha partido en este caso -aunque luego no resultara exacto: AH 12-; y, si de otro lado, el Servicio manifiesta en el informe sobre el recurso (Art. 48.1) su voluntad de seguir sobreseyendo, el Tribunal, en mi opinión, puede atender la pretensión del recurrente y, dando por definitiva la falta de acusación, declarar la ilicitud de los hechos, ilícito meramente civil que, por la falta de acusación, no llega a constituir la infracción administrativa para la que la Ley establece consecuencias específicas, entre ellas la multa.

Para llegar a la última decisión indicada, el Tribunal deberá seguir el procedimiento de tramitación de los recursos establecido por el Art. 48, en el que únicamente cabe el trámite de alegaciones como previo a la resolución. Y no utilizar el procedimiento sancionador, que exige una previa acusación del Servicio, como se ha hecho en este caso.

3. Entiendo, pues, que la decisión de no devolver el expediente al Servicio para que formulara una acusación que había abandonado al sobreseer el expediente, fué en sí misma correcta, frente a lo sostenido por el voto particular discrepante (AH 5); aunque éste tenga razón, en mi opinión, cuando insiste en que la Ley no contempla la posibilidad "de reconvertir la resolución de un recurso en la admisión a trámite de un expediente, ni mucho menos que el Tribunal haga suyo un acto típico del instructor, cual es la formulación del pliego de cargos" que el Servicio había dejado sin efecto. Pliego de cargos que es premisa obligada para imponer una sanción que no debería haberse impuesto.
4. En suma, el procedimiento para la declaración y sanción de las infracciones de los Arts. 1 y 6 es, a mi juicio, un procedimiento mixto como consecuencia de las dos acciones que la Ley contempla: es sancionador en la medida que hay una acción pública dirigida a la represión de las conductas tipificadas, que es propia del Servicio y que el recurso no traslada al Tribunal; y es eventualmente sólo declarativo cuando el Servicio no ejercita su acción, no formula cargos, y únicamente queda la pretensión de los interesados de que se declare la ilicitud de los hechos, sin ningún tipo de condena. Eventualidad que en mi opinión tiene presente el Art. 10 al no hacer de la sanción una consecuencia necesaria de la conducta infractora, y el Art. 46 al distinguir entre la declaración de existencia (o inexistencia) de práctica, que ha de hacerse siempre, y el restante contenido posible de la resolución, que excede de la estimación de la acción declarativa.