

Id Cendoj: 28079230062000100068  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 545/1998  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo  
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 545/98 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales Sr. 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 30 de Diciembre de 1.997, en materia relativa a Practicas constitutivas de abuso de posición dominante, siendo codemandados el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, representado por el Procurador Sr. Rodríguez Montaut y PREVENTIVA S.A. representada por la Procuradora Sra. Cañedo Vega, con una cuantía de 137.710.000 pesetas. Ha sido Ponente la Magistrado D<sup>a</sup> 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 27-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 representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, presentó escrito de contestación a la demanda para manifestar su conformidad con la misma y solicitar la anulación del Acuerdo del TDC impugnado.

La representación procesal de Preventiva S.A. contestó a la demanda solicitando su desestimación y la confirmación del acto administrativo impugnado.

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

Sexto.- 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.

Séptimo.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 13 de Diciembre de 2.000, en que se deliberó y votó habiéndose 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 30-XII-97 por el Tribunal de Defensa de la Competencia, en el expediente 361/95 (Funerarias de Madrid 2) por el que se resuelve 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 1.992: 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".

El TDC acordó imponer a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. una multa de 137.710.000 ptas..

SEGUNDO.- Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso son los siguientes: la primera denuncia fue presentada el 26 de Diciembre de 1.991 por UNESPA ante el Servicio de Defensa de la Competencia, el cual acordó el 8 de Enero de 1.992 la incoación de expediente sancionador, dictándose el 11-V-92 pliego de concreción de hechos, acordando finalmente, tres años mas tarde, y en concreto el 19 de Enero de 1.995, el sobreseimiento del expediente sancionador por considerar que los comportamientos denunciados podían calificarse de actividad administrativa y gozaban de autorización legal al amparo de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la LDC.

El Acuerdo fue recurrido por la denunciante y el TDC con fecha 31-V-95 lo revocó, continuando el expediente hasta su paralización por diversas causas el día 5 de Julio siguiente, paralización que se mantuvo hasta el día 25 de Enero de 1.996, realizándose tramites diversos hasta concluir con la Resolución de 30-XII-97 ahora impugnada. Entre dichos trámites es de reseñar que la vista se celebró el 8-I-97 y no existe constancia alguna en el expediente administrativo de que entre el día de la deliberación y el de la Resolución, notificada un año más tarde tuviera lugar actividad administrativa alguna.

TERCERO.- La actividad enjuiciadora y sentenciadora de esta Sala para resolver este recurso viene encuadrada y limitada por la existencia de varias sentencias que se han dictado previamente en relación con el expediente administrativo origen del acto administrativo impugnado. Por orden cronológico, son las siguientes:

1.- Sentencia de fecha 11-VI-98 dictada por esta Sección Sexta en recurso interpuesto por EMSFM S.A. contra Resolución del TDC de 9-VI-98, que resolvió inadmitir a trámite el recurso de revisión interpuesto por la hoy actora EMSFM S.A. contra la Resolución del propio TDC de 31-V-95. La Sala desestimó el recurso al entender que no constituía un supuesto de revisión al estar pendiente un recurso ordinario contra el acto administrativo cuya revisión de oficio se pretendía.

2.- 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.

3.- 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.

A la vista de los precedentes expuestos, esta Sala considera que no puede volver a pronunciarse sobre uno de los motivos de impugnación consistente precisamente en la infracción del derecho de defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente como consecuencia de que el órgano al que la Ley tiene encomendada la misión de resolver se transformara en instructor y acusador de quién posteriormente fue sancionado por ese mismo órgano.

CUARTO.- Se plantea por la actora la caducidad del expediente administrativo sancionador por aplicación de las disposiciones de la Ley 30/92 y del Reglamento para la potestad sancionadora: se somete a la consideración de la Sala si al procedimiento sancionador iniciado ante el TDC le es de aplicación lo previsto en el punto tercero de la D. Transitoria Unica del R.D. 1398/93 regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en el sentido de que caduquen todos los procedimientos sancionadores una vez transcurridos treinta días desde que finalice el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor del Reglamento sin haberse dictado Resolución. Y ello porque este concreto procedimiento se inició el 8-I-92, fecha de la providencia de incoación y finalizó el día 30-XII-97, estando suspendida su tramitación en varias ocasiones, entre otros periodos por un año desde que se celebra la vista hasta que se notifica la Resolución sancionadora, el 14-I-98 a la expedientada.

En primer lugar debe señalarse que el procedimiento sancionador de autos se inició por denuncia de 26-XII-91 y providencia de incoación de 8-I-92, y en consecuencia no le es de aplicación la Ley 30/92 que claramente establece en su D.T. 2ª que "A los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior". Si el Reglamento 1398/93 sobre el ejercicio de la potestad sancionadora se dicta, como señala su Exposición de Motivos, en desarrollo del Título X de la Ley 30/92, y esta no es de aplicación, tampoco lo será el Reglamento. En consecuencia, y puesto que la Ley de Defensa de la Competencia no establecía plazo máximo de duración del procedimiento, ni contemplaba la previsión de que el mismo caducara por transcurso de ciertos plazos, ni que la consecuencia de la caducidad fuera la desaparición de la sanción, no puede llegarse a la conclusión que en tal sentido propone el recurrente.

QUINTO.- El propio acto administrativo impugnado, en su página 21 señala: "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". En la misma página continua apuntando que "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".

El TDC dedica varios apartados a analizar el sometimiento de las empresas públicas a las normas de derecho de la competencia, pero omite cualquier pronunciamiento sobre el sometimiento de los monopolios legales a dicha normativa, pese a declarar que el servicio de funerarias constituye 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".

El TDC intenta justificar el por qué, en el asunto 325/93 EMORVISA resuelto el 30-X-93 (analizando la conducta de la Empresa que gestionaba en régimen de monopolio los servicios funerarios de Vigo que había subido sus tarifas en porcentajes presuntamente abusivos, siendo la subida consecuencia de un acuerdo municipal), consideró que el monopolista desarrollaba su actividad dentro del marco de una Ley por lo que el control de sus actividades quedaba fuera de su conocimiento. La justificación la encuentra (página 26) en que el incremento "había sido establecido por una Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Vigo, mientras que en este caso no solo 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".

El mismo TDC con fecha 27-XII-96 había dictado resolución confirmando el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de archivo (de 23-IV-96) de la denuncia formulada por la Asociación Funeraria de España contra la EMSFM S.A., con base en que en las fechas en que se produjeron los hechos denunciados existía un monopolio legal en materia de servicios funerarios, no procediendo en consecuencia la imposición de sanciones. Este Acuerdo fue objeto de recurso contencioso-administrativo tramitado ante esta Sala con el número 270/97 que finalizó con sentencia desestimatoria el 13-IV-2000.

SEXTO.- La base fundamental del Acuerdo para llegar 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, para lo que analiza el art. 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos, concluyendo que la prestación no se realiza en régimen de Derecho público, y que el servicio no es de solicitud o recepción obligatoria para los administrados .

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 aprobaron por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Madrid de 15-XI-91 en el que se aprobó 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.

A tales efectos, 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".

De mantenerse la tesis del TDC se estaría sancionando la conducta consistente en que la empresa titular de un monopolio legal proponga a la Administración competente para aprobar unos precios públicos, una cuantía de los mismos que no está debidamente justificada por un estudio económico completo.

De hecho, así se detalla en el Acuerdo impugnado que declara los precios abusivos porque "la justificación aportada por la EMSFM no resulta convincente" ya que las pérdidas no bastan para justificar la subida, no se produjeron aumentos de los costes y los precios cobrados por la EMSFM resultaban los más elevados en comparación con otras funerarias del entorno geográfico.

Tal término de comparación (entre los precios propuestos y aprobados en Madrid, y los aprobados en otros municipios) resulta especialmente importante en un razonamiento jurídico que justifica la declaración de que se ha cometido una infracción grave y a la imposición de una elevada sanción.

El propio TDC ha señalado en sus Resoluciones que para valorar si unos precios son abusivos debe comprobarse la existencia de dos condiciones: 1.- La posibilidad por parte de la empresa de imponer precios diferentes a los que se darían en situación de competencia, y 2.- El establecimiento de un término de comparación para establecer la diferencia entre los precios presuntamente abusivos y los que rigen o deberían regir en competencia. Pues bien, se ha incorporado a los autos copia del Acuerdo adoptado por la Subdirección General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia el 7-VI-2000 en la que se propone el sobreseimiento parcial de un expediente abierto contra la empresa hoy actora por el aumento de tarifas para los años inmediatamente posteriores al litigioso (1.992) porque "han sido semejantes a los del resto de Ayuntamientos preguntados e inferiores a los del Ayuntamiento de Bilbao". Tal término de comparación no aparece reflejado en el acto administrativo impugnado, respecto del ejercicio de 1.991, y en sentido contrario (retomando el razonamiento del TDC en el acuerdo impugnado) el aumento de los costes ha sido acreditado por el informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas, restando por tanto la única justificación del carácter de abusivo de los precios en que "las pérdidas no bastan para justificar la subida", consideración que a juicio de esta Sala no basta para declarar que el incremento de las tarifas es "abusivo" a los efectos de encuadrarle en el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Todas las razones expuestas deben concluir en la estimación del recurso y la anulación del acto administrativo impugnado por ser contrario a derecho.

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 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. 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.