

RESOLUCIÓN (Expte. 325/92. Emorvisa)

Pleno

Excmos. Sres.:

Fernández Ordóñez, Presidente

Alonso Soto, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

de Torres Simó, Vocal

Soriano García, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 30 de octubre de 1993.

Visto por el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, integrado por los señores que anteriormente se relacionan, el expediente nº 325/92 (714/91 y 740/91, acumulado, del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado por denuncias del Sr. Rodríguez Pardo y de la Asociación Provincial de Empresas de Agencias Funerarias y Pompas Fúnebres de Pontevedra (en lo sucesivo Asociación de Empresas Funerarias) contra la Empresa Mixta de Servicios Mortuorios de Vigo, S.A. (en lo sucesivo EMORVISA) por la realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los arts. 6.1 y 6.2. a) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y teniendo en cuenta los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 30 de enero de 1991, D. Ignacio J. Rodríguez Pardo presentó en el Tribunal de Defensa de la Competencia una denuncia contra la empresa EMORVISA por la realización de prácticas restrictivas de la competencia consistentes en que, desde su posición de dominio en el mercado, había aplicado un aumento abusivo de las tarifas de los servicios funerarios que presta en la ciudad de Vigo.

El Tribunal remitió el escrito de denuncia al Servicio de Defensa de la Competencia, el cual, tras apreciar que no reunía los requisitos estipulados en el art. 15 de su Reglamento, requirió al denunciante para que subsanara los defectos observados.

Simultáneamente el Servicio de Defensa de la Competencia acordó la realización de una instrucción preliminar reservada para comprobar los hechos denunciados.

A la vista de sus resultados, el Director General de Defensa de la Competencia acordó, por Providencia de 14 de mayo de 1991, incoar de oficio el oportuno expediente (nº 714/91).

2. El 10 de mayo de 1991 se recibió en el Servicio de Defensa de la Competencia una nueva denuncia por los mismos hechos, presentada por la Asociación de Empresas Funerarias de Pontevedra.

El Director General de Defensa de la Competencia acordó, por Providencia de 21 de mayo de 1991, incoar un nuevo expediente contra EMORVISA (Nº 740/91).

3. Por Providencia de 18 de junio de 1991, se acordó la acumulación de los expedientes 714/91 y 740/91, dada la íntima conexión de ambos, ya que coinciden, tanto en el contenido de la denuncia como en la empresa denunciada.
4. Con fecha 20 de junio de 1991 se abrió el trámite de información pública. A tal efecto se publicó una nota-extracto de la denuncia en el BOE de 16 de julio de 1991, en el BICE de la semana del 22 al 28 de julio de 1991 y en el periódico "El Faro de Vigo", de 17 de septiembre de 1991, sin que, al término del período fijado en ellos, se recibiera ninguna clase de información por parte de terceras personas.
5. Con fecha 22 de enero de 1992 se formuló el Pliego de Concreción de Hechos de Infracción contra EMORVISA en el que se consideraban acreditados los siguientes hechos: a) La aprobación por EMORVISA, el 6 de noviembre de 1989, de una Ordenanza Reguladora de Precios Públicos para los servicios funerarios que suponía un incremento lineal del 16% sobre los anteriormente vigentes. Dicha Ordenanza fue ratificada por el Pleno del Ayuntamiento de Vigo el 17 de noviembre de 1989 y dejada sin efecto por la Junta de Galicia el 28 de junio de 1990 que sólo aprobó un aumento del 6,89%. b) La aprobación de una nueva Ordenanza Municipal de Precios el 5 de abril de 1991 que eleva los anteriores entre un 15 y un 20%. En consecuencia, se imputaba a dicha empresa la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.
6. En su descargo EMORVISA formuló las siguientes alegaciones:
 - a) Los órganos de defensa de la competencia no tienen competencia para entender de actos de la Administración ni menos para revisarlos.

- b) Los servicios mortuorios se prestan en la ciudad de Vigo en régimen de monopolio, a través de la empresa mixta EMORVISA, que es un mero instrumento del que se vale el Ayuntamiento para cumplir el mandato de la Ley 7/85, de Bases de Régimen Local.
- c) La Ordenanza Municipal sobre precios es una norma aprobada exclusivamente por el Ayuntamiento y, por tanto, solamente recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.
- d) Los incrementos de precios se justifican porque, debido al recurso de inconstitucionalidad promovido por los denunciantes contra la monopolización de los servicios funerarios de Vigo, los precios de los mismos se habían mantenido invariables desde 1985 a 1989. Por otra parte, el incremento aprobado para 1990 es menor que la suma del IPC de los mencionados años.
- e) EMORVISA no establece ningún precio sino que aplica los aprobados por el Ayuntamiento.

Y solicitó la práctica de las siguientes pruebas: Requerir al Ayuntamiento de Vigo para que remita copias del expediente de municipalización del servicio mortuario, de la Ordenanza de Precios de 1989 y su expediente administrativo, y de la Ordenanza de Precios de 1991 y su expediente administrativo.

- 7. El Servicio de Defensa de la Competencia acordó, el 3 de marzo de 1992, la práctica de las pruebas pedidas y, en consecuencia, solicitó dichos expedientes y documentos del Ayuntamiento de Vigo.

El Ayuntamiento de Vigo no respondió al requerimiento ni tampoco a su reiteración.

- 8. En el expediente del Servicio obran, sin embargo, el Acta de municipalización del servicio y las Ordenanzas de Precios de 1989, 1991 y 1990.
- 9. Con fecha 27 de julio de 1992 el Instructor declaró conclusas las actuaciones y procedió a elaborar el correspondiente Informe-Propuesta, en el que, tras considerar acreditados los siguientes hechos: 1º La aplicación por EMORVISA de la Ordenanza Reguladora de Precios Públicos del Ayuntamiento de Vigo para el año 1990, prescindiendo de la preceptiva aprobación de la misma por la Junta de Galicia; y 2º La entrada en vigor el día 14 de enero de 1991 de una nueva Ordenanza de Precios que modifica al alza los anteriores, imputa a EMORVISA una conducta prohibida, ya que desde su posición de dominio del mercado aplica unos precios abusivos y no equitativos infringiendo de esta manera lo dispuesto en el art. 6 de la Ley 16/1989.

10. Recibido el expediente en el Tribunal, fue admitido a trámite por Auto de 4 de noviembre de 1992 en el que se acordaba también su puesta de manifiesto a las partes para que formularan alegaciones y propusieran las pruebas que estimaran necesarias.
11. La Asociación de Empresas Funerarias presentó el 1 de diciembre de 1992 un escrito de alegaciones al que se adjuntaba, como prueba documental, un estudio comparativo de tarifas de servicios funerarios y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de octubre de 1992 y 7 de noviembre de 1992.
12. Por Providencia de 28 de enero de 1993 se dio por concluído el período probatorio, se acordó la no celebración de vista, dado que ninguna de las partes la había solicitado, y se abrió el plazo de valoración de la prueba realizada.
13. Con fecha 15 de febrero de 1993, EMORVISA presentó un escrito denunciando que no habían sido tomadas en consideración las pruebas propuestas por ella en su alegato de 1 de diciembre de 1992, ni se había producido ninguna resolución sobre su admisión o rechazo.

Revisado el expediente se constató que en el mismo no obraba el precitado escrito de EMORVISA.

Puesto al habla el Vocal Ponente con D. David Hortas Segarra, Concejal del Ayuntamiento de Vigo y Presidente de EMORVISA, éste le confirmó el envío del escrito por correo certificado y le hizo llegar una copia del mismo.

Junto con la copia del escrito se presentó el Recibo para el remitente, emitido por el Servicio de Correos de Vigo, del envío certificado nº 20158, dirigido por EMORVISA al Tribunal de Defensa de la Competencia, que lleva un matasellos que dice: CERTIFICADO.- 1 DIC. 92 - VIGO.

La reclamación formulada ante Correos no dió ningún resultado.

14. A la vista de lo anterior, el Tribunal, por Auto de 30 de abril de 1993, resolvió:

"PRIMERO. Admitir el escrito de alegaciones y proposición de prueba presentado por EMORVISA el día 1 de diciembre de 1992 en las Oficinas de Correos de Vigo, el cual quedará incorporado al expediente.

SEGUNDO. Retrotraer las actuaciones al momento anterior a la apertura del período probatorio.

TERCERO. Acordar la realización de la siguiente prueba: Requerir al Excmo. Ayuntamiento de Vigo para que aporte al Tribunal de Defensa de la Competencia en el plazo de 15 días a contar del siguiente al de la notificación de esta Resolución, copias autenticadas de los expedientes administrativos de aprobación de las Ordenanzas Reguladoras de los precios públicos de los servicios mortuorios de los años 1989 y 1991.

CUARTO. Denegar la prueba consistente en solicitar del Excmo. Ayuntamiento de Vigo el expediente de municipalización con monopolio en régimen de empresa mixta de los servicios mortuorios de dicha localidad, por obrar en el presente expediente suficientes datos sobre la cuestión.

QUINTO. Requerir a la empresa EMORVISA para que, en el mismo plazo establecido en el apartado tercero, presente la documentación relativa a la convalidación de tarifas efectuada por el Ayuntamiento de Vigo a la que hace referencia en el otrosí de su escrito de 1 de diciembre de 1992, y que no se incorporó a la copia del mismo."

En dicho Auto, el Tribunal dirigió una moción al Ayuntamiento de Vigo instándole a que coopere en el esclarecimiento de los hechos, máxime cuando resulta que la prueba a realizar ha sido propuesta, en su defensa, por una empresa pública perteneciente a dicha Corporación Municipal.

15. El Ayuntamiento de Vigo presentó la documentación requerida el 25 de mayo de 1993. Asimismo presentó el escrito, de fecha 11 de noviembre de 1992, dirigido a la Consejería de Industria y Comercio de la Junta de Galicia solicitando la convalidación de las tarifas de EMORVISA para el año 1993.

Dichas tarifas han sido finalmente aprobadas, con importantes modificaciones en lo que se refiere a sus cuantías, por la Junta de Galicia el 11 de mayo de 1993.

16. El Tribunal, por Providencia de 14 de junio de 1993, dio por concluído el período probatorio y abrió la fase de valoración de la prueba.

Concurrieron a este trámite la Asociación de Empresas Funerarias, que se ratificó en su anterior escrito presentado el 17 de febrero, y EMORVISA, que presentó un estudio sobre las repercusiones económicas de la aplicación de las tarifas aprobadas por la Junta de Galicia realizado por una empresa consultora privada.

17. Por Providencia de 1 de julio de 1993 el Tribunal acordó la no celebración de vista y la apertura del período de conclusiones.

Solamente presentó escrito de conclusiones EMORVISA, ratificándose en sus alegaciones anteriores.

18. El Sr. Rodríguez Pardo no ha cumplimentado ninguno de los trámites procedimentales ante el Tribunal.

El escrito de notificación de la Providencia de 28 de enero de 1993 fue devuelto por el Servicio de Correos, al no haberse presentado el interesado a recogerlo en el plazo establecido al efecto.

19. Finalmente, por Providencia de 29 de julio de 1993 se señaló como fecha para la deliberación y fallo el día 7 de septiembre de 1993.

La complejidad del asunto motivó que tuviera lugar una nueva deliberación sobre el expediente en el Pleno del día 5 de octubre y la definitiva deliberación y fallo en el Pleno del día 13 de octubre de 1993.

20. Se consideran interesados:
 - D. Ignacio J. Rodríguez Pardo
 - Asociación Provincial de Empresas de Agencias Funerarias y Pompas Fúnebres de Pontevedra
 - Empresa Mixta de Servicios Mortuorios, S.A. (EMORVISA)

Ha sido Ponente el Vocal D. Ricardo Alonso Soto.

HECHOS PROBADOS

1. Por Acuerdo de 1 de agosto de 1986 el Ayuntamiento de Vigo decidió municipalizar en régimen de monopolio los servicios mortuorios de la ciudad.

Dicha decisión, en la que se contemplaban también las tarifas a aplicar, fue aprobada por la Junta de Galicia mediante el Decreto de la Consejería de Presidencia nº 404/1986, de 4 de diciembre. Este acuerdo quedó posteriormente en suspenso como consecuencia de los recursos presentados contra el mismo por diversos empresarios afectados. El recurso planteado ante la Audiencia Territorial de La Coruña fue fallado por ésta sentenciado que en el proceso de municipalización se había lesionado el derecho fundamental de igualdad (Sentencia de 29 de septiembre de 1987). Sin embargo, el Tribunal Supremo revocó la citada sentencia (por Sentencia de 9 de junio de 1988). Por su parte, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 11 de marzo de 1991, desestima el recurso de amparo interpuesto porque considera que no ha habido violación de los

principios de igualdad y tutela judicial efectiva, consagrados por los arts. 14 y 24.1 de la Constitución Española.

2. EMORVISA es una empresa mixta creada por el Ayuntamiento de Vigo para gestionar los servicios mortuorios municipalizados.

Dado su carácter de sociedad anónima se inscribió en el Registro Mercantil de Pontevedra el 4 de julio de 1988. Su capital social escriturado asciende a 300 millones de pesetas y fue suscrito por el Ayuntamiento de Vigo en la cuantía de 153 millones de pesetas, que se desembolsaron mediante aportación de bienes y cesión de los derechos de expropiación y concesión y por el Sr. Fábregas en la cuantía de 147 millones de pesetas. Se da la circunstancia de que el citado Sr. Fábregas, titular de una de las funerarias expropiadas a consecuencia de la municipalización, fue el único concurrente a la licitación pública para captar el capital privado necesario para la constitución de EMORVISA.

El Consejo de Administración de EMORVISA está formado por tres consejeros designados por el Ayuntamiento de Vigo y dos nombrados por el capital privado. La presidencia la ostenta un Concejel del Ayuntamiento de Vigo.

La facturación de EMORVISA en el año 1991 fue de 319.875.201 pesetas.

3. EMORVISA opera en régimen de monopolio en el área metropolitana de Vigo, ciudad en la que radican la mayoría y los más importantes centros hospitalarios de la provincia en los que, por razones que no es preciso especificar en este lugar, se producen la mayor parte de las defunciones.

EMORVISA aplica las tarifas aprobadas, mediante Ordenanzas Municipales de precios públicos, por el Ayuntamiento de Vigo. Asimismo, es la propia EMORVISA quien, a través de su órgano de administración, propone al Ayuntamiento en los años 1990 y 1991 la revisión al alza de los precios de los servicios mortuorios aprobados por la Junta de Galicia en el año 1986 al municipalizarse dichos servicios.

4. Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Vigo de 23 de febrero de 1990 se aprobó la Ordenanza Municipal de Precios Públicos para EMORVISA que establecía una subida lineal de las tarifas de esta empresa cifrada en un 16 %. Comunicadas dichas tarifas a la Junta de Galicia, ésta, por Resolución de 28 de junio de 1990, denegó su aprobación por considerar que la subida no debería sobrepasar el incremento del IPC, cifrado en un 6,89 %, pese a lo cual EMORVISA continuó aplicando los precios establecidos por la Ordenanza Municipal de 1990. Recurrída la Resolución

por el Ayuntamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia la confirmó en su Sentencia de 24 de septiembre de 1992.

El acuerdo fue asimismo recurrido por diversos empresarios del sector por vía contencioso-administrativa ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que, en Sentencia de 2 de octubre de 1992, lo declaró contrario a Derecho, anulándolo.

5. Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Vigo de 5 de abril de 1991 se aprobó una nueva Ordenanza Municipal de Precios para EMORVISA que establecía una subida media de tarifas que puede cifrarse en un 20%. Recurrido también el citado acuerdo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, éste, en sentencia de 7 de noviembre de 1992, lo declaró nulo por cuanto no contaba con la preceptiva autorización de la Junta de Galicia.
6. Por Resolución de 27 de mayo de 1991 la Dirección General de Comercio y Consumo de la Junta de Galicia sancionó a EMORVISA con una multa de 2.500.000 pesetas, por aplicar tarifas no autorizadas por la Junta de Galicia.
7. Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Vigo de 19 de diciembre de 1992 se aprobaron las "Modificaciones de la Ordenanza Reguladora de precios públicos para la prestación de servicios por EMORVISA" para el año 1993.

Presentadas para su autorización a la Junta de Galicia, por Resolución de 11 de mayo de 1993 de la Dirección General de Comercio y Consumo de dicho organismo autonómico se aprobaron las citadas modificaciones con importantes variaciones en cuanto a los precios.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. La primera cuestión que se plantea es la de la imputabilidad a EMORVISA de la práctica restrictiva de la competencia que ha motivado la apertura del presente expediente. En efecto, a la vista de los hechos, no hay duda de que EMORVISA es una empresa que ostenta una posición de dominio en el mercado de los servicios funerarios de Vigo y que ha venido aplicando durante los años 1990 y 1991 las tarifas establecidas en las respectivas Ordenanzas Municipales de Precios Públicos. Pero cabe preguntarse si se puede considerar a dicha empresa responsable de una fijación de precios o de unos aumentos abusivos de los mismos, cuando resulta que tanto unos como otros han sido establecidos por el Ayuntamiento de Vigo a través de la promulgación de una Ordenanza Municipal de obligado cumplimiento.

Como reiteradamente ha venido alegando EMORVISA durante la tramitación del expediente, dicha empresa ha venido aplicando las tarifas fijadas en el Acuerdo de monopolización del servicio funerario y en las Ordenanzas Municipales que establecían los precios a cobrar por la prestación de los distintos servicios.

2. Los servicios funerarios en España han sido tradicionalmente prestados por las entidades locales, debido a que, al tratarse de una demanda estable que necesariamente había que atender y controlar por razones sanitarias, se consideró que eran un servicio público.

La prestación de un servicio público local se regula en la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, en el R.D. 781/1986, que aprueba el texto refundido de las disposiciones vigentes, en la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales y en el Decreto de 17 de junio de 1955, que aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Según esta normativa dichos servicios pueden gestionarse de forma directa o indirecta, pudiendo realizarse incluso a través de una sociedad mercantil, y tanto en régimen de libre concurrencia como en régimen de monopolio.

3. La decisión de si un servicio público se presta en régimen de libre concurrencia o de monopolio se deja al Ayuntamiento, pero, si se opta por el régimen de monopolio, será necesaria la aprobación del Organo de Gobierno de la respectiva Comunidad Autónoma (Art. 86.3 de la Ley 7/1985). Esta doctrina que se aplicó sin problemas, en este caso, por lo que se refiere al Acuerdo de municipalización del servicio en régimen de monopolio, resultó, sin embargo, discutida en cuanto a las sucesivas modificaciones de los precios, dando incluso origen a diversos procesos judiciales que se zanjaron con tres sentencias coincidentes del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (cuyas fechas se recogen en los hechos probados) que consagran la tesis de que los precios que se fijen para el monopolio por el Ayuntamiento de Vigo deben ser sometidos a la aprobación de la Junta de Galicia.
4. En todo caso, conviene dejar bien claro a los efectos de enjuiciar, desde la óptica del Derecho de la Competencia, actividades económicas desarrolladas por las Corporaciones Locales:
 - a) Que la defensa de la competencia se concibe en nuestro ordenamiento jurídico como un mandato que entronca directamente con el art. 38 de la Constitución y que vincula a todos los poderes públicos (en este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1986) incluidas las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales.

- b) Que el número 3 del art. 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, establece:

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

Así pues, los monopolios locales no se sustraen a la aplicación de la Ley 16/1989 en este punto.

- c) Que, a estos efectos, resulta irrelevante si el Ayuntamiento presta directamente el servicio, actúa mediante figuras de Derecho privado o gestiona el servicio público a través de una sociedad mercantil, bien sea ésta de naturaleza pública o de economía mixta, pues en todos estos casos estamos en presencia de operadores económicos que quedan sometidos a las normas de competencia.
- d) Que, en cambio, resulta trascendente determinar si la actividad que se desarrolla en régimen de monopolio se encuentra o no sujeta a regulación y, en caso afirmativo, si el comportamiento del monopolista se ha ajustado estrictamente a las normas establecidas o ha actuado al margen de las mismas.

En efecto, cuando por una Ley, en el sentido estricto de la expresión, o por una norma reglamentaria que la desarrolla se ha establecido un marco en el que necesariamente ha de moverse el monopolista, el control de la actividad que éste desarrolle al amparo de dichas normas quedará bajo la tutela del regulador y se sustraerá, por tanto, al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia. Asimismo la infracción de dichas normas deberá ser sancionada por la Administración Reguladora o por la jurisdicción contencioso-administrativa.

No sucede lo mismo en los otros dos casos, esto es, cuando no existen normas específicas que regulen el comportamiento del monopolista o cuando éste actúa al margen de las mismas, puesto que en ninguno de ellos existen obstáculos normativos ni de otro tipo que impidan la actuación del Tribunal frente a dichos comportamientos.

- e) Que, en el ámbito del Derecho Comunitario de la Competencia, se ha llegado también a una solución parecida al interpretar el art. 90 del Tratado de Roma, con la salvedad de que el mismo no resulta

directamente aplicable a las empresas (STJCE de 14 de julio de 1971. As. 10/71 PORT de MERTERT). En efecto, el citado artículo establece, por una parte, que las empresas públicas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolios fiscales quedarán sometidas a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada (art. 90.2) y, por otra, que los Estados no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94 (art. 90.1). Lo que significa que los Estados miembros no pueden promulgar normas que posibiliten que las empresas públicas se sustraigan a la aplicación de los arts. 85 y 86 (STJCE de 30 de abril de 1986. As. 209/84. Ministère Public/Asjes) y que si un Estado impone a una empresa, a la que sea de aplicación el art. 90.1, medidas que provocan que tal empresa actúe de forma contraria a los arts. 85 y 86 y los comportamientos de la citada empresa obedecen a esta reglamentación o a su aplicación, aun resultando claro que el Estado ha infringido el citado art. 90.1, la empresa no podrá ser condenada por infracción de las normas de competencia (STJCE de 18 de junio de 1975. As. 94/74/ IGAV/ENCC y de 16 de noviembre de 1977. As. 13/77 INNO/ATAB). Así pues habrá que averiguar qué grado de autonomía se deja a estas empresas a la hora de determinar sus acciones de mercado, antes de proceder a considerarlas responsables de las infracciones.

- f) Que, en este contexto, cabe preguntarse a quién corresponde el control del establecimiento de un precio público por una Corporación Local para determinar su conformidad a la legalidad o su adecuación a la política económica de su respectiva Comunidad Autónoma.

Al tratarse de un acto administrativo municipal queda bajo la tutela de la Administración Autonómica y sometido al control jurisdiccional.

En este caso, hay que decir que tales mecanismos han funcionado perfectamente, por lo que resultan innecesarias nuevas actuaciones contra los precios aplicados por EMORVISA, ya que las subidas aprobadas por el Ayuntamiento de Vigo para 1990 y 1991 no fueron autorizadas por la Junta de Galicia por considerarlas excesivas; las Ordenanzas Municipales de Precios Públicos de EMORVISA para los años 1990 y 1991 fueron declaradas nulas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sus Sentencias de 2 de octubre de 1992 y

7 de noviembre de 1992, por no contar con la preceptiva aprobación de la Junta de Galicia; la aplicación por EMORVISA de dichas Ordenanzas de Precios fue sancionada con una multa por la Dirección General de Comercio y Consumo de la Comunidad Autónoma; y, finalmente, la última modificación de la Ordenanza Reguladora de Precios Públicos para la prestación de servicios por EMORVISA para el año 1993 ha sido aprobada por la Junta de Galicia el 11 de mayo de 1993, no admitiendo subidas de precios superiores a la experimentada por el IPC en el año anterior.

5. De conformidad con las tesis expuestas anteriormente, hay que concluir que, dado que EMORVISA es un operador económico, su actuación queda sujeta, con carácter general, a las normas del Derecho de la Competencia, especialmente las que se refieren al abuso de posición dominante, cuando se desarrolla en áreas no especialmente reguladas o va más allá de lo establecido por la regulación correspondiente. Por el contrario, no le serán de aplicación dichas normas cuando la materia en cuestión se sustrae a la decisión de la empresa por venir determinada por una norma.
6. Así pues, EMORVISA, dada su posición monopolística, ha de ser especialmente cuidadosa a la hora de actuar en el mercado para no incurrir en comportamientos abusivos prohibidos por el art. 6 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En este sentido, el Tribunal considera que EMORVISA ha podido incurrir en prácticas restrictivas de la competencia al no permitir a las compañías de seguros del ramo de decesos utilizar determinadas tarifas que figuran en las Ordenanzas de Precios o al tratar de ampliar el ámbito de su monopolio a los traslados de cadáveres con destino a otras poblaciones, hechos posteriormente denunciados y que no han sido investigados en este expediente y que, por tanto, no son objeto del mismo, pues dichas actuaciones no se encuentran amparadas por ninguna norma municipal.

7. En cambio, la posibilidad de imputar a EMORVISA un comportamiento contrario a la competencia con respecto a los precios aplicados a los servicios mortuorios resulta menos clara, dado que los mismos se establecen por el Ayuntamiento de Vigo, mediante una ordenanza municipal que, además, según ha declarado el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en recientes sentencias pronunciadas sobre este mismo asunto, tiene que ser sometida a la aprobación del organismo correspondiente de la Junta de Galicia. Parece, en principio, que nos hallamos frente a una materia regulada.

Por otra parte, tampoco es sencillo pronunciarse sobre si, en el momento de producirse los hechos denunciados, la conducta de EMORVISA de aplicar unos precios públicos para los que el respectivo Ayuntamiento no había solicitado la aprobación de la Junta de Galicia, suponía una actuación que iba más allá de las normas o vulneraba la legalidad establecida.

No se dan, pues, con nitidez ninguno de los supuestos que permiten al Tribunal de Defensa de la Competencia entrar a conocer del tema.

8. Sin embargo, el Tribunal desea resaltar cómo en este caso de municipalización, en régimen de monopolio, de los servicios mortuorios de la ciudad de Vigo, se dan algunos fenómenos típicos de las situaciones monopolísticas en sectores regulados, como son la integración de miembros del Ayuntamiento en el órgano de administración y gestión de la empresa monopolista, lo que generalmente impide una separación nítida de los intereses en juego, y la llamada captura del regulador por la empresa regulada, lo que produce que ésta termine imponiendo sus criterios en detrimento del servicio que se obliga a prestar y en contra de los usuarios a quienes debería beneficiar, los cuales se ven obligados a pagar mayores precios por el servicio municipalizado de los que pagarían en un régimen de libre competencia.
9. Finalmente, la imposibilidad de incriminar a EMORVISA por los hechos objeto del presente expediente, no significa que el Tribunal deba permanecer impasible frente a los mismos. En efecto, la Ley de Defensa de la Competencia confiere a dicho organismo la potestad de formular propuestas motivadas al Gobierno de modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia establecidas de acuerdo con las normas legales.

Y esto es lo que ha hecho el Tribunal en su informe titulado "Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios" recientemente presentado al Gobierno, en el que, en relación con los monopolios locales de servicios mortuorios, se propone la supresión de los citados servicios de la lista de actividades monopolizables por las corporaciones municipales según la Ley de Bases de Régimen Local.

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

HA RESUELTO

- Primero:** Declarar que no resulta imputable a EMORVISA la práctica de imposición de precios no equitativos, objeto del expediente.
- Segundo:** Ordenar que, una vez firme esta Resolución, se tenga por ultimado el expediente y se proceda a su archivo.
- Tercero:** Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la investigación de los hechos que se recogen en el párrafo segundo del Fundamento Jurídico número 6.

Notifíquese esta Resolución a los interesados y comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia, haciendo saber a aquéllos que contra la misma podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

VOTO PARTICULAR DE LA VOCAL SRA. ALCAIDE GUINDO

1. Disiento de la opinión de la mayoría reflejada en el fallo por el que se declara que no resulta imputable a EMORVISA la práctica de imposición de precios no equitativos objeto del expediente, porque discrepo del contenido de los Fundamentos Jurídicos números 1, 4 d), 4 f), 5 y 7 ó, al menos, en cuanto a las conclusiones para su aplicación al caso concreto.
2. Reconozco que resulta arriesgado delimitar hasta dónde llega la competencia exclusiva de revisión jurisdiccional de los actos administrativos por parte de los tribunales contenciosos y desde dónde cabe la revisión administrativa del cumplimiento de la normativa de competencia por presunto abuso de posición de dominio o por competencia desleal con afectación del mercado, que correspondería a los órganos de competencia.
3. Sería mucho más cómodo pronunciarse con carácter casuístico que hacerlo con carácter general, pero hay que determinar si EMORVISA puede ser considerada "una empresa", si su actuación ha de estar sujeta a la normativa de competencia y si los cargos que se le imputan son susceptibles de ser juzgados por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Para lo cual necesitamos una guía de carácter general que establezca los límites de sujeción a las normas de competencia de los servicios públicos y empresas que gozan de derechos exclusivos.

- 3.1. No creo que quepa la más mínima duda en cuanto a que EMORVISA puede ser considerada una empresa a efectos de la legislación de competencia: el propio Ayuntamiento de Vigo así lo ha decidido tal como se recoge en los números 1 y 2 de los Hechos Probados, luego no vale la pena discutir más sobre el asunto.
- 3.2. Más controvertible es el extremo de si a una empresa, con las características de conducta que han sido probadas, puede o no imputársele un abuso de posición de dominio.

En mi razonamiento voy a fijarme en la jurisprudencia comunitaria con la intención de distinguir los casos en que, en un asunto de trascendencia comunitaria, el Tribunal de Justicia determinaría que no son aplicables las normas de competencia, aquéllos en que el Tribunal de Justicia determinaría que ha existido una infracción del Estado miembro y, por fin, aquéllos en que dicho Tribunal determinaría que ha existido una infracción de la empresa que goza de derechos exclusivos.

Los dos primeros tipos de casos no serían, en mi opinión, susceptibles de ser juzgados por el Tribunal de Defensa de la Competencia, mientras que sí lo serían aquéllos que se encuentren en el tercer tipo.

Una empresa encargada de la gestión de servicios de interés económico general solamente está sometida a las reglas de competencia en tanto la aplicación de dichas reglas no impida el cumplimiento de la misión particular que le ha sido encomendada [Sentencia TJCE 30-4-74 SACCHI As 155/73 punto 15].

Una empresa beneficiaria de un monopolio legal goza de posición dominante [Sentencia TJCE 3-10-85 CBEM As 311/84 punto 16].

El simple hecho de crear tal posición dominante por la concesión de un derecho exclusivo no es, por sí mismo, incompatible con la prohibición de abuso de posición de dominio [Sentencia CBEM punto 17].

El Estado miembro solamente infringe las prohibiciones contenidas en el artículo 86 y en el artículo 90 del TCE cuando la empresa, por el simple ejercicio del derecho exclusivo que se le concede, es forzada a explotar su posición dominante de forma abusiva [Sentencia TJCE 23-4-91 HOFNER C 41/91 punto 29].

De manera que si la aplicación de las reglas de competencia impide el cumplimiento de la misión encomendada a la empresa a la que se conceden derechos exclusivos o si por el simple ejercicio del derecho exclusivo se ve forzada a explotar abusivamente su posición de dominio, el Tribunal de Defensa de la Competencia no podrá imputar a la empresa un abuso y, si considera que se producen efectos restrictivos de la competencia graves, solamente podrá elevar una propuesta motivada al Gobierno para la modificación o supresión de la situación.

Por el contrario, si la aplicación de las normas de competencia no impide el cumplimiento de los objetivos que han inducido a la concesión de derechos exclusivos, ni los términos de dicha concesión conducen inexorablemente a la empresa a abusar de su posición de dominio - que se le presupone - la empresa debe ser exquisitamente cuidadosa en su comportamiento en el mercado porque se encuentra en una situación privilegiada y puede ser objeto de una declaración de infracción por abuso.

- 3.3. En tercer lugar, es necesario discutir también la aplicación de la legislación de competencia desleal por infracción de normas, si se cumplen las condiciones del artículo 7 de la LDC. En este sentido, estoy en desacuerdo con que el Tribunal de Defensa de la Competencia deba abstenerse de declarar una infracción de norma si afecta a las condiciones del mercado, cualquiera que sea el estatuto del operador económico.
4. En mi opinión, en un caso como el que nos ocupa, en que EMORVISA ha propuesto los sucesivos incrementos de tarifas, que han sido aprobados por el Ayuntamiento y han sido aplicados por EMORVISA antes -e incluso en contra- de la aprobación de las mismas por la Junta de Galicia, el TDC está legitimado para imputarle, al amparo del artículo 6 de la Ley 16/1989, un abuso si considera que existe y, de la misma manera, puede declarar la existencia de una infracción del artículo 7 de dicha Ley por infracción de la norma reguladora si la práctica afecta al mercado, sin que resulte atendible la alegación de que las modificaciones han venido impuestas por Ordenanza del Ayuntamiento.

Por tanto opino que el fallo del TDC debiera haber sido similar al que se produciría ante la conducta de una empresa con posición monopolista de hecho o de derecho que hubiera incrementado los precios de sus servicios - no olvidemos que se trata de servicios esenciales y de la inexistencia de otro proveedor - sin someter dicha subida de precios a la aprobación de una autoridad competente amparándose en una determinada interpretación de la norma reguladora.

5. Considero que, para una correcta resolución del caso, sería necesario discutir si la mera aplicación de los incrementos de tarifas sin obtener la (preceptiva) autorización de la Junta de Galicia puede o no constituir un abuso de posición de dominio y/o un acto de competencia desleal encuadrable en el artículo 7 de la Ley 16/1989.

No voy a entrar en el debate de si los incrementos de tarifas debían o no ser sometidos a la aprobación de la Junta, debate que, por otra parte, ha sido zanjado en una única dirección por la varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. En el caso de que se llegara a la conclusión de que su aplicación sin autorización de la Junta no constituye ni abuso ni infracción de norma que afecte al mercado, habría que analizar si las tarifas aplicadas durante el período a que se refiere el expediente pueden considerarse injustificadas y abusivas.

Cosa diferente es que se argumente que en el expediente no existe cargo por infracción de norma - que lo hay - o que no hay prueba de que los precios aplicados hayan sido injustificados y abusivos.

6. Estimo que la declaración de que no resulta imputable a EMORVISA la práctica de imposición de precios no equitativos basada en que los nuevos precios fueron establecidos por una Ordenanza del Ayuntamiento de Vigo perjudicará gravemente, en el futuro, la aplicación de la prohibición de abuso de posición de dominio a cualquier empresa que detente derechos exclusivos concedidos legalmente por la simple vía de establecer una formalidad administrativa que convierta las iniciativas de la empresa en normas decretadas por el concedente de dichos derechos y de obligado cumplimiento para la empresa.
7. No basta, a mi parecer, con la propuesta al Gobierno de modificación de la Ley de Bases de Régimen Local.

Es preciso tener en cuenta que ambas funciones del Tribunal - la de propuesta al Gobierno de modificación de situaciones restrictivas de competencia y la de declaración de existencia de prácticas prohibidas - tienen alcance y eficacia muy diferentes y sirven a objetivos distintos.

Mientras la moción al Gobierno es una decisión del Tribunal de largo alcance pero de escasa eficacia a corto plazo, la prohibición de una conducta determinada puede tener un alcance mucho más limitado, pero una eficacia muy superior.

El Tribunal ha tenido que proceder a un cuidadoso estudio antes de proponer al Gobierno la supresión de los servicios mortuorios de la lista de

actividades que pueden ser monopolizadas por las corporaciones municipales. No cabe esperar que el Tribunal pueda proceder a estudios exhaustivos cada vez que se plantee la existencia de restricciones de la competencia en actividades para las que existe algún tipo de regulación conducente a la constitución de posiciones de dominio. Ni tampoco se puede ser tan optimista como para esperar que el razonamiento del Tribunal vaya a conseguir contrarrestar siempre la influencia de los grupos de presión interesados en el asunto y termine por conseguir una modificación de la normativa.

Por otra parte existen numerosos casos en que el efecto más perjudicial no se deriva de la norma reguladora sino de la interpretación que de la misma hace -pro domo sua- el operador monopolista, y estos casos no se resolverán nunca por la vía de una propuesta de modificación normativa.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL SR. SORIANO GARCÍA

1. Lamento no coincidir con la opinión expresada por la mayoría de este Tribunal en cuya virtud se declara que no se puede imputar a EMORVISA la práctica consistente en imposición de precios no equitativos y consecuente posible abuso de posición de dominio.

Mi discrepancia se centra fundamentalmente en lo establecido en los Fundamentos Jurídicos 4.c), 4.d), 5, y 7 de la Resolución de la mayoría de este Tribunal.

2. Ciertamente, nos encontramos ante un caso complejo, ya que se trata de delimitar los confines de actuación del Derecho de la Competencia en relación con el giro o tráfico administrativo.

Las dificultades surgen porque el derecho antitrust, tiene un origen pensado exclusivamente para ser aplicado a los operadores económicos particulares y no al Gobierno ni a los entes públicos dependientes de él, ni tampoco siquiera para las entidades administrativas descentralizadas.

La razón se encuentra en su formulación histórica. El Derecho de Defensa de la Competencia, en su origen norteamericano está pensado para evitar que la actuación de los particulares mediante concertos sustituyan al Estado. Y aquí en Europa continental, paradójicamente, sucede muchas

veces lo contrario, esto es, que es el Estado o las entidades públicas en general, las que sustituyen a los particulares. Sería inconcebible en el ámbito del derecho norteamericano que el Estado tomara parte activa como operador económico en el mundo de los negocios. Por eso nunca se pensó que el Derecho de la Competencia tuviera nada que ver con las Entidades Gubernamentales.

Ahora bien, en nuestro país, desde el momento en que el Estado quiere ser comerciante, y de hecho comercia, es necesario construir una teoría apta para que la entrada de los operadores públicos en el mercado se haga en igualdad de condiciones que los particulares. Por eso se preocupan ya textos del Derecho de la Competencia de la empresa pública exigiendo su absoluta neutralidad (arts. 90 y 222 del Tratado de Roma); por eso mismo se aplica el Derecho de la Competencia en todo el tema de ayudas públicas, y por eso mismo el artículo 6º de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, se preocupa de advertir que el abuso de posición de dominio podrá declararse y condenarse pese a que la entidad que abuse goce de monopolio legal.

En definitiva, si los comerciantes no deben sustituir al Estado ni sus entidades descentralizadas, tampoco el Estado puede sustituir a sus comerciantes. Y cuando se de cualquier de estas dos situaciones, el Derecho de la Competencia ha de reclamarse a sus más enérgicos fueros para lograr que el principio de igualdad en el trato económico, base y fundamento mismo de la democracia económica, sea absolutamente real. Y cuando esta situación no se da, las autoridades de la competencia han de dirigir sus esfuerzos para conseguir ese objetivo mediante la aplicación clara del Derecho de la Competencia.

3. En el caso concreto, no hay duda al respecto de que EMORVISA es un operador económico.

Antes de que entrara en el mercado de enterramientos existían empresas privadas que fueron suprimidas mediante expropiación a fin de conseguir eliminar a tales competidores mediante técnicas de Derecho público, dirigidas todas ellas a lograr un monopolio en el que participaría, precisamente, una de las empresas supuestamente expropiadas y que se haría nada menos que con el 49% del capital del monopolio.

Sin duda alguna también, se aplica el Derecho de la Competencia a esta situación. Si el resultado de una operación como la descrita es que habrá un operador económico que actúe en el mercado pero que no esté sujeto a las reglas de competencia, solamente puede ser por alguna de estas dos razones: a) porque goce de una exención legal en los términos del artículo 2.1. de la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia. b)

Porque la situación descrita sea rigurosamente fraudulenta, esto es, porque se haya buscado una norma de cobertura para conseguir eludir la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

A nuestro juicio, en el caso de EMORVISA se da con toda claridad esta última situación por cuanto que no existe directa ni indirectamente ningún tipo de norma que cubra la actuación de EMORVISA al fijar como monopolio precios supuestamente no equitativos dando ocasión así para un posible abuso de posición dominante.

4. Debo manifestar mi más absoluta discrepancia con lo establecido en el apartado 4.c) de la Resolución cuando se dice: "Que a estos efectos, resulta irrelevante si el Ayuntamiento presta directamente el servicio, o actúa mediante figuras de Derecho privado o gestiona el servicio público a través de una sociedad mercantil, bien sea ésta de naturaleza pública o de economía mixta".

Por el contrario, a mi juicio, es capital el instrumento y la forma a través de la cual actúa una Administración Pública en un determinado campo de la actividad.

Sucede que, salvo en los ámbitos estrictamente organizativos que constituyen un "interna corporis", el resto de las actividades que llevan a cabo en las Administraciones Públicas pueden tener un fuerte componente económico. Sin embargo, pueden desarrollarse a través de medios puramente administrativos, con instrumentos igualmente administrativos y con personal incorporado a la Administración Pública. Y en estos casos, en mi opinión, el Derecho de la Competencia no tendría nada que decir, porque se trataría de un puro tráfico administrativo sometido estrictamente al ámbito del Derecho Público y para prestar actividades públicas que cubran necesidades que se estimen de interés general.

El problema surge cuando la Administración municipal desborda sus fines institucionales y entra a operar en el mercado a través de instrumentos interpuestos de carácter privado o semiprivado. En esos casos no tengo la menor duda de que por el contrario hay que aplicar totalmente el Derecho de la Competencia.

En conclusión: a mi juicio, cuando nos encontremos ante un puro tráfico administrativo realizado por sujetos y medios administrativos para cumplir fines públicos que constituyan una obligación legal, no debería aplicarse el Derecho de la Competencia. Por el contrario, cuando una entidad desborda sus fines institucionales y en vez de atender a necesidades públicas respaldadas legalmente con medios públicos y presupuestos

públicos, y entra en el mercado a través de formas interpuestas privadas o llamando a los particulares para desarrollar una determinada función, debe aplicarse en su integridad el Derecho de la Competencia. O se está en el puro tráfico administrativo y por tanto extramuros del Derecho de la Competencia, o por el contrario, se está en el mundo del mercado y del lucro y por tanto plenamente sometido a la legislación de la competencia. Tertium non datur.

5. Respecto del Fundamento Jurídico 4.d) de la Resolución votada por la mayoría de este Tribunal, hay que conectarlo con lo que se dice con claridad meridiana en el Fundamento Jurídico 8 de la misma Resolución.

En efecto, como explicita nítidamente este último fundamento, nos encontramos ante un caso de "captura del regulador". Y consecuentemente, hay que rasgar el velo formal y entrar a través de la técnica del fraude para señalar que no se trata de un supuesto de regulación en el que el ente regulado no tenga otra opción sino cumplir con las ordenes, instrucciones, mandatos y reglas del regulador. Antes bien, aquí se trata de que el propio ente regulado es el que a través de la captura impone las reglas del monopolio que el mismo disfruta. Y, en mi opinión, nos encontramos ante un supuesto evidente de fraude en el que no basta acogerse al juego puramente formal de relaciones entre regulador y regulado, sino que es preciso levantar ese velo aparente creado por la defraudación y, yendo recto y por derecho al análisis del verdadero juego de relaciones económicas entre el supuesto regulador y el regulado, indicar que esa captura ofrece todos los indicios jurídicos para aplicar a la situación la tipificación de posición de dominio y, en su caso, posible abuso de la misma por parte del operador económico que verdaderamente impone las reglas del juego.

6. En relación con el Fundamento Jurídico 5º, y de conformidad con lo que acabo de señalar en el numeral anterior, debo decir que los sujetos supuestamente regulados pero que en realidad tienen capturado al regulador, no pueden encontrar una excusa absoluta de su actuación, precisamente en esa defraudación; no pueden tener patente de corso para, a través de un regulador interpuesto, auto otorgarse una exención a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
7. Mi discrepancia con el Fundamento Jurídico 7º de la Resolución establecida por la mayoría de este Tribunal, descansa en el mismo orden de razonamientos.
8. Por todo ello, a mi juicio, sí resulta imputable a EMORVISA la práctica denunciada.