

RESOLUCIÓN (Expte. R 112/95 Funerarias de Madrid 1)

Pleno

Excmos. Sres.:

Alonso Soto, Presidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alcaide Guindo, Vocal

Soriano García, Vocal

Menéndez Rexach, Vocal

Petitbò Juan, Vocal

En Madrid, a 31 de mayo de 1995

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. Eduardo Menéndez Rexach, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 112/95 (795/91 y 797/91 acumulados del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por D. Félix Mansilla García, en nombre y representación de la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA), contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, del día 18.1.95, por el que se sobreseyó el expediente incoado como consecuencia de su denuncia contra la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. (EMSFMSA) y el Ayuntamiento de Madrid por abuso de posición de dominio consistente en ostentar el monopolio de los servicios funerarios en el término municipal de Madrid, suprimiendo servicios que antes prestaba e incluyendo determinados servicios que exceden del ámbito propio de dicho monopolio.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 18 de enero de 1995 el Director General de Defensa de la Competencia adoptó un Acuerdo por el que sobreseyó los expedientes acumulados 795/91 y 797/91 iniciados el 8 de enero de 1992, en virtud de denuncias presentadas, respectivamente, por D. Félix Mansilla en nombre y representación de UNESPA, y por la procuradora Sra. Cañedo Vega en representación de la "Preventiva S.A." contra la "Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A." y el Ayuntamiento de la Villa y Corte por abuso de posición de dominio consistente en la modificación de tarifas de la Empresa Mixta que fueron incluidas en el Presupuesto General de la Corporación aprobado por Acuerdo del Ayuntamiento de 15 de noviembre de 1991.

2. Previamente, por Providencia de 11 de mayo de 1992, el Instructor había formulado pliego de concreción de hechos de posible infracción contra la Empresa Mixta que, copiado literalmente, dice así (folios 180-181 del expediente del Servicio):

"PLIEGO DE CONCRECIÓN DE HECHOS"

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.

VALORACION JURIDICA

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 que dice:

1.- *"Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.*

2.- *El abuso podrá consistir en:*

A) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

3.- *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".*

En el caso de ser confirmada esta infracción en el curso del presente expediente le puede corresponder la sanción prevista en el Artículo 10 de la precitada Ley 16/89 de 17 de julio.

Notifíquese este Acuerdo a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. para que, en un plazo de quince días hábiles, puedan efectuar alegaciones y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes para la mejor defensa de sus intereses y actuación.

3. Contra dicho pliego formuló alegaciones la Empresa Mixta que, resumidamente, son como siguen:

- al hecho 1º: lo acepta.
- al hecho 2º: reconoce que es cierto, aunque el denunciante interpuso recurso administrativo.
- al hecho 3º: reconoce un aumento de tarifas con carácter general del 15,92%, aunque niega el del 302,6%, pues sólo en lo que se refiere a incineraciones y nichos temporales se han elevado las tarifas por encima del 15,92%.
- al hecho 4º: habría que añadir que los nuevos conceptos tarifarios corresponden a otros tantos servicios prestados.
- al hecho 5º: lo niega, pues habría que suprimir el calificativo "económicos".

- al hecho 6º: lo reconoce si se sustituye la expresión "prestados" por "a prestar".

Alegó también, como excepciones de forma, la falta de competencia del Servicio, la falta de legitimación activa de la denunciante y la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido llamado el Ayuntamiento de Madrid y, tras considerar que los hechos no constituían abuso de posición de dominio sino prestación de un servicio público ventajoso sin ánimo de lucro y legal, proponía la práctica de determinadas pruebas.

4. Contra el Acuerdo de sobreseimiento interpuso recurso el Sr. Mansilla en la representación que ostenta y, admitido a trámite por el Tribunal, se solicitó el preceptivo informe del Servicio de Defensa de la Competencia, quien lo evacuó en el sentido de entender que el recurso había sido presentado dentro del plazo legal y reiterando los fundamentos del Acuerdo que, sucintamente, consistían en estimar que las conductas denunciadas constituyen actos administrativos cuyo control no corresponde a los órganos de defensa de la competencia sino a la jurisdicción contencioso-administrativa.
5. El recurso de UNESPA estaba motivado en las siguientes alegaciones:
 - a) En cuanto a la trascendencia del expediente, la conducta es directamente imputable a la Empresa Mixta que es una sociedad mercantil que ha fijado tarifas inequitativas para prestación de servicios a partir de 1992 y ha incluido servicios que exceden del monopolio, aunque la peculiar naturaleza de esta sociedad exige que el Ayuntamiento incluya las tarifas fijadas en el presupuesto municipal y las apruebe o ratifique formalmente: las consecuencias de esta aprobación son objeto del correspondiente procedimiento contencioso administrativo. El acuerdo del Servicio se basa en la Resolución del Expte. 325/92, EMORVISA, pero según los hechos de esta Resolución los precios los establecía el Ayuntamiento de Vigo en virtud de una Ordenanza municipal y, en las que son objeto del recurso, los precios los establece la propia Empresa Mixta; además, aun si se considerase que los actos de la Empresa Mixta son de carácter administrativo, la jurisprudencia de los Estados Unidos y la Unión Europea considera aplicable el derecho de la competencia a decisiones normativas de los Estados.
 - b) Las conductas denunciadas quedan sujetas a la Ley de Defensa de la Competencia y pueden ser analizadas por el Servicio y por el Tribunal, pues el hecho de que los órganos jurisdiccionales sean competentes para conocer de actos que puedan consistir en

prácticas abusivas no excluye la competencia del TDC. Las administraciones públicas, y la Empresa Mixta ni siquiera lo es, no quedan fuera de la aplicación de la LDC cuando tienen el carácter de operadores y así lo ha reconocido tanto el TDC como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), ni hay tampoco disposición alguna que excluya los actos administrativos de la aplicación de la LDC, salvo la excepción de aplicación del art. 1 cuando los operadores económicos se limitan a ejecutar leyes o disposiciones reglamentarias, pero la prohibición de abuso de posición de dominio es aplicable cuando esta posición provenga de disposición legal. Tras mencionar los fundamentos de derecho que consideró aplicables, así como la doctrina del TDC, y la jurisprudencia del TJCE y del Tribunal Supremo de Estados Unidos, solicitaba la revocación del acuerdo y la continuación de la tramitación del Expediente.

6. Puesto de manifiesto el expediente a los interesados para cumplir el trámite de alegaciones previsto en el art. 48.3 LDC, UNESPA lo evacuó en el sentido de entender que no hay causa legal que justifique el sobreseimiento del expediente, que existe abuso de posición de dominio consistente en la fijación por la Empresa Mixta de tarifas inequitativas para la prestación de servicios en 1992, así como su inclusión, dentro de las prestaciones de la Empresa, de determinados servicios que exceden del ámbito propio del monopolio: así lo entendió el propio SDC que formuló pliego de concreción de hechos de posible infracción, aunque después estimó las alegaciones de la Empresa Mixta y del Ayuntamiento y sobreseyó el expediente, y el propio Ayuntamiento entendió que se trata de una conducta mercantil privada, según consta en el expediente, limitándose el Servicio a reiterar en su informe sobre el recurso los argumentos del Acuerdo recurrido.
7. La Empresa Mixta, por su parte, presentó alegaciones aceptando sólo los hechos fijados por SDC y considerando que tiene atribuida la gestión del servicio público esencial funerario y de los cementerios, competencia que es administrativa, irrenunciable y obligatoria, por lo que los Ayuntamientos deben tomar las decisiones adecuadas para su correcto ejercicio y mantener el equilibrio financiero para que el servicio no sea deficitario. Citaba como fundamentos jurídicos el art. 25.j), 86.3 y 104 de la Ley de Bases de Régimen Local, el art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como la jurisprudencia del TJCE sobre la validez de la municipalización de los servicios funerarios, insistiendo en que la Empresa Mixta ha cumplido estrictamente todos los trámites mercantiles y administrativos, pues ha hecho un borrador de presupuesto, que ha sido aprobado por su Consejo de Administración y que debe remitir al Ayuntamiento, pues no puede aplicar las tarifas sin más, ya que no se

pueden confundir las competencias del Pleno del Ayuntamiento con las facultades del Consejo de Administración de la Empresa Mixta. En definitiva, el Ayuntamiento puede elegir la forma de gestión para la prestación del servicio y la empresa Mixta no tiene otra finalidad ni justificación de su existencia sino dar servicio a los ciudadanos cubriendo las necesidades del servicio público esencial.

8. El Ayuntamiento de Madrid también presentó alegaciones, adhiriéndose al Acuerdo impugnado y señalando que, por los mismos hechos, UNESPA interpuso recurso contencioso administrativo que se tramita con el nº 600/92 por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, repitiendo aquí el recurrente los mismos argumentos que en el contencioso, del que acompaña copia de los escritos de demanda y contestación así como de los Autos denegando la suspensión del acuerdo recurrido.
9. La Preventiva S.A. no ha presentado alegaciones.
10. El Tribunal señaló los días 10 y 19 de mayo para deliberar y fallar el presente recurso, encargando al Vocal Ponente redactar la Resolución adoptada por la mayoría.
11. Son interesados:
 - UNESPA.
 - La Preventiva S.A.
 - La Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A.
 - El Ayuntamiento de Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los hechos a que se contrae el presente recurso consisten en las modificaciones llevadas a cabo en 1991 por la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. en las tarifas y servicios funerarios y de cementerios para su aplicación a partir de 1992, que supusieron una elevación generalizada de aquéllas, la supresión de determinados servicios y la implantación de una tarifa diferente, y muy superior, para los empadronados fuera del Municipio. Estos hechos han sido básicamente aceptados por los interesados, así como por el Servicio de Defensa de la Competencia y no se discute tampoco la posición de dominio que ostenta la Empresa Mixta como titular de un monopolio legal. El núcleo de la discusión se centra 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 reguladora de la Jurisdicción", como se lee en el Acuerdo impugnado, o si, por el contrario, al tratarse de una empresa mercantil, está sujeta a las normas de defensa de la competencia y en el caso concreto al art. 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, aunque su peculiar naturaleza exige que el Ayuntamiento incluya las tarifas fijadas por la misma en el presupuesto municipal para su aprobación, lo que tendría un carácter puramente formal, como afirma la recurrente; la Empresa Mixta y el Ayuntamiento, por su parte, consideran que el Acuerdo es correcto y afirman la competencia exclusiva de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, a la que ha acudido UNESPA por tratarse de un acto administrativo.

2. El Acuerdo recurrido sobresee un expediente en el que previamente el Servicio de Defensa de la Competencia había presentado pliego de concreción de hechos de infracción contra la Empresa Mixta por abuso de posición de dominio; su decisión se basa esencialmente en una Resolución de este Tribunal, Res. de 30 de octubre de 1993 (expte. 325/92, EMORVISA) que aplica erróneamente en este caso. En efecto, los hechos enjuiciados por el Tribunal en aquella Resolución no eran idénticos a los ahora contemplados, pues en aquella ocasión se trataba de la aplicación, por la Empresa que prestaba en régimen de monopolio los servicios funerarios en la ciudad de Vigo, de tarifas establecidas en las ordenanzas municipales de precios públicos, mientras que la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid no sólo ha fijado de manera totalmente autónoma unas tarifas, sino que ha suprimido y modificado determinados servicios y establecido nuevos conceptos sin intervención ninguna del Ayuntamiento en el proceso; prueba de esta actuación, totalmente autónoma, aparte de lo afirmado en este sentido por la propia Empresa, es que el Ayuntamiento no puede facilitar siquiera la justificación económica de los precios de la Empresa Mixta, a la vista del expediente administrativo de aprobación del presupuesto municipal para 1992, según se lee en el Oficio del Jefe del Departamento Central del Área de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid (Fº 429), y el carácter privado de los precios de los servicios de la Empresa Mixta es reconocido en el informe del Consejero de Régimen Jurídico de la Dirección de Servicios de Coordinación y Seguimiento de Organismos Autónomos y Empresas, también de la Corporación madrileña (Fos. 414-416). Estas dos diferencias bastan por sí solas, 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.

3. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre hechos sometidos a 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 los servicios funerarios en régimen de monopolio, para lo que están habilitadas en virtud del reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad pública (art. 128.2 de la Constitución Española) y de los arts. 25.j) y 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. Así, en la Resolución de 21 de septiembre de 1993 (Expte. 334/93, Marmolistas de Fuengirola) ante una empresa propiedad del Ayuntamiento, que debido a su forma jurídica podía actuar en el tráfico mercantil como un operador más, el Tribunal dijo que este punto de conexión es 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"* y añade que *"en todo caso, lo que debe quedar claro es que, aún cuando se trate de un Ayuntamiento actuando como tal y por medio de actos administrativos en ejecución directa de una norma que les diera inmediata cobertura excluyéndoles directamente de la Ley 16/1989, no sería posible utilizar sin más la LDC, por el contrario, cuando el propio Ayuntamiento se despoja de sus potestades públicas y entra en el tráfico mercantil mediante formas estrictamente privadas, sí cabe aplicar a esa figura desnuda de ropaje administrativo la legislación sobre competencia"*.

Esta doctrina se reitera en la citada Resolución de 30 de octubre de 1993 (Expte. 325/92, 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 (F.J. 4º), y en ella se considera necesario averiguar qué grado de autonomía se deja a estas empresas a la hora de determinar sus actuaciones en el mercado, ya que su consideración de operadores económicos les sujeta con carácter general a las normas del derecho de la competencia, especialmente las que se refieren al abuso de posición de dominio cuando se desarrolla en áreas no especialmente reguladas o va más allá de lo establecido por la regulación correspondiente, cuestiones éstas que, en cada caso, habrán de ser establecidas mediante la instrucción del correspondiente expediente y la prueba que se realice ante el Tribunal que es el único competente para, en su Resolución definitiva, calificar los hechos conforme a la LDC y precisar sus consecuencias en el mercado con la eventual imposición de sanciones previstas en los arts. 10 y 46 LDC.

4. Las alegaciones de las partes sobre monopolización del servicio funerario, su alcance, el carácter de las empresas públicas y su sometimiento a las normas de competencia ha sido analizado y resuelto por la jurisprudencia española y comunitaria; respecto de lo primero, el Tribunal Supremo ha declarado que *"está fuera de toda controversia la competencia municipal como una de las mínimas y tradicionales para la instalación de cementerios y servicios fúnebres (STS 5 de abril de 1991)"* y que *"los Ayuntamientos tienen competencias en la organización del servicio público municipal de cementerios y servicios funerarios (art. 25.2.j. y 26.1.a. de la Ley de Bases 7/1985, de 2 de abril)"* y se ha determinado el alcance del monopolio en supuestos como el traslado de cadáveres (STS 8 de noviembre de 1988), destacando que *"el servicio de pompas fúnebres se haya comprendido entre los fines a cumplir por los Ayuntamientos, los cuales pueden municipalizarlos incluso con monopolio, aunque el principio de libertad de empresa, que también se menciona en la STS de 15 de junio de 1994, sobre construcción de cementerios privados, obliga a interpretar restrictivamente el contenido de todo monopolio instaurado por la Administración"* (STS 28 de junio de 1978), declaración fundamental a los efectos de la aplicación de la LDC, cuya expresión puede encontrarse en la propia Ley de Bases de Régimen Local cuando dispone que *"la actividad de intervención se ajustará en todo caso a los principios de igualdad de trato, congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto a la libertad individual (art. 84.2)"*.
5. En línea similar, el TJCE 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 el Tribunal comunitario el sometimiento de las empresas a las que el Estado ha otorgado derechos exclusivos en el sentido del art. 90 TCE a las reglas de competencia del Tratado, fundamentalmente a las contenidas en el art. 86 (st. 3 de octubre de 1985, as. 311/84, CBEM/CLT y IPB; st. 17 de mayo de 1994, as. C-18/93, Corsica ferries/Corpo dei piloti del porto di Genova; st. 10 de diciembre de 1991, as. C-179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrieli), y las restricciones a la competencia sólo se justifican en cuanto sea necesario para la realización de los fines de interés general que competen a la empresa investida de potestades públicas, doctrina que, aplicada a casos concretos, prohíbe, por ejemplo, que las autoridades públicas impongan a las empresas a las que se ha otorgado tales derechos exclusivos, como el monopolio del servicio exterior de pompas fúnebres, condiciones de precios contrarios a los arts. 85 y 86 (st. 4 de mayo de 1988, as. 30/87, Corinne Bodson/Pompas fúnebres de las regiones liberadas) y, también, cuando el interés general impone a la empresa realizar actividades que no son rentables desde el punto de vista comercial, la restricción de la competencia exige determinar la naturaleza exacta de

las necesidades en cuestión y cuál es su repercusión sobre la estructura de las tarifas practicadas (st. 11 de abril de 1989, as. 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen y otros/Zentrale zun Bekämpfung unläuterer Wettbewerb), ya que *"la aplicación de una cláusula restrictiva de la competencia escapa a la doble prohibición de los arts. 85 y 86 TCE, en aplicación del art. 90.2"*, en la medida en que la restricción de la competencia que supone es necesaria para permitir a la empresa asegurar su misión de interés general (st. 27 de abril de 1994, as. C-393/92, Gemeente Almelo et al./Energiebedrijf Ijsselmij). Todas las empresas públicas o privadas quedan, pues, sometidas con carácter general a las normas de competencia, el otorgamiento de derechos exclusivos a una empresa no es un principio incompatible con los arts. 85 y 86, y las restricciones de la competencia derivadas del interés general han de venir justificadas caso por caso; únicamente quedan excluidas del concepto de empresa y, por lo tanto, del ámbito de aplicación de los repetidos arts. 85, 86 y 90 TCE los órganos *"...cuyas actividades son típicamente prerrogativas del poder público y no presentan un carácter económico que justifique la aplicación de las reglas del Tratado (st. 19 de enero de 1994, as. C-304/92, SAT Fluggesellschaft m.b.H/ Eurocontrol)"*.

6. De las consideraciones anteriores aplicadas al caso concreto y sin perjuicio de lo que en definitiva pueda resolver el Tribunal a la vista de la prueba existente y de las que se practiquen en la tramitación del expediente, resulta que la empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. es una empresa pública de titularidad municipal que presta, en régimen de monopolio, los servicios funerarios en el término municipal de Madrid y cuyos órganos representativos han elaborado y aprobado unas tarifas de precios, de carácter privado, y unas modificaciones de servicios que pudieran ser constitutivos de una infracción del art. 6 LDC, sin que el estado actual del expediente permita considerar que tal actuación, resumida en el pliego de concreción de hechos recogido en los Antecedentes de hecho, queda excluida de la aplicación de las normas de defensa de la competencia ni, por tanto, de su conocimiento por parte de este Tribunal, por lo que procede estimar el recurso y revocar el Acuerdo de sobreseimiento del expediente.
7. Por último, queda por determinar los efectos que la estimación del recurso tiene sobre la tramitación del expediente; en su Resolución de 22 de marzo de 1991, (Expte. A 8/90, Bombas de cobalto) el Tribunal planteó (F.J. 5) las diferentes alternativas a seguir en el caso de que el Tribunal no confirme el Acuerdo del Servicio sobreseyendo un expediente, y dice que: *"En primer lugar, sería posible que el Tribunal entrara, sin más trámite, a resolver sobre el fondo del asunto planteado por el recurso, esto es, a declarar que existen prácticas restrictivas de la competencia en los*

comportamientos denunciados o que no se ha acreditado su existencia, en los términos que se establecen en el art. 48.4 de la Ley 16/1989. Esta solución, sin embargo, presenta el inconveniente de que se podría llegar a una condena de los expedientados sin que éstos gozaran para su defensa de las garantías previstas en el procedimiento sancionador regulado en la citada Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, en este caso ni se les ha formulado ningún tipo de acusación (art. 37.1), ni han tenido posibilidad de replicar o proponer pruebas ante el Servicio (art. 37.1.II) o ante el Tribunal (art. 40.1) o solicitar la celebración de vista (art. 40.1).

En segundo lugar, cabría acordar la devolución del expediente al Servicio de Defensa de la Competencia para que completara la instrucción y lo elevara de nuevo al Tribunal acompañado de un informe que expresara las conductas observadas, los efectos producidos y la calificación que le merezcan los hechos, tal y como establece el art. 37.3 de la Ley 16/1989. Sin embargo, esta solución no parece procedente en casos como el presente en el que en el expediente obran suficientes datos para que el Tribunal pueda formular su resolución y se debate la interpretación jurídica que ha de darse a los preceptos legales, ni resultaría operativa, desde una perspectiva más general, puesto que, o bien el Servicio se vería obligado a formular una acusación en unos términos que van en contra de su propio criterio, o bien se limitaría a remitir las actuaciones a dicho Tribunal con un informe en el que presumiblemente se expresarían los mismos razonamientos que se contienen en el Acuerdo de sobreseimiento ahora recurrido.

Finalmente, es posible aplicar al caso el procedimiento previsto para las actuaciones ante el Tribunal de Defensa de la Competencia en la Sección Segunda del Capítulo Primero del Título III de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y considerar que la estimación del recurso se equipara a la admisión a trámite de un expediente por el Tribunal y que, por tanto, el procedimiento debe continuar por los cauces previstos en los arts. 40 y siguientes de dicha Ley.

8. Respecto a la configuración de la acusación, en este expediente se ha formulado Pliego de concreción de hechos que podrían ser constitutivos de infracción, de fecha 11 de mayo de 1992 que, como se recoge en AH. 2, ha sido notificado a la empresa denunciada y ha sido objeto de alegaciones por parte de la misma en el sentido que se recoge en AH. 3.

El Tribunal ha mantenido constantemente que son los hechos fijados en el Pliego de concreción los que constituyen la configuración de la acusación y a los que el Tribunal debe atenerse para dictar su Resolución. (Véase por todas, la Resolución de 28 de julio de 1994 Expte. 339/93 COAM, FD. 11).

Los hechos contenidos en el Pliego son, en lo sustancial, pacíficamente admitidos por la denunciada.

9. Después de las alegaciones al Pliego, el Instructor del expediente en el Servicio podía haber denegado la práctica de pruebas solicitadas por la denunciada y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.1 de la LDC, haber expresado su denegación en el informe previsto en el artículo 37.3. La denegación de la práctica de pruebas por el Instructor es un acto de trámite que no paraliza el procedimiento ni produce indefensión y no puede ser recurrido ante el Tribunal. No obstante, el interesado puede reproducir la solicitud de su práctica en la fase probatoria del procedimiento ante el Tribunal (artículo 40 LDC).

De modo que, a juicio del Tribunal, la falta de práctica de prueba en la fase instructora no constituye un defecto de procedimiento.

10. El Acuerdo de sobreseimiento sustituye, en este caso, al informe previsto en el artículo 37.3 de la LDC, puesto que expresa las conductas observadas, sus antecedentes, los efectos producidos y la calificación que le merecen los hechos al Servicio. La diferencia entre ambos se encuentra en que el Servicio de Defensa de la Competencia estima que, aplicando la doctrina del Tribunal, los hechos acreditados no pueden ser calificados de abuso de posición de dominio. Pero la calificación jurídica de los hechos corresponde al Tribunal y no al Servicio, de modo que resulta ocioso ordenar al Servicio la continuación de un expediente en el que la instrucción es suficiente y no se puede esperar que el Servicio modifique su visión en cuanto a la calificación jurídica de los mismos.

No considera el Tribunal, por tanto, que la ausencia del informe previsto en el artículo 37.3 de la LDC y su sustitución por el Acuerdo de sobreseimiento constituya un defecto de procedimiento que invalide la continuación del expediente ante el Tribunal, cuya fase instructora se ha terminado con el Acuerdo de sobreseimiento dictado por el Director General de Defensa de la Competencia que es objeto del recurso que ahora se resuelve.

11. Desde la STC 18/1981 se ha declarado que las garantías que el artículo 24.2 CE impone respecto al proceso penal también son aplicables "con ciertos matices" al procedimiento administrativo sancionador, en la medida en que sean compatibles con este tipo de procedimiento *"a fin de preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del citado precepto constitucional y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la CE"* (STC 58/1984[4]), si bien se ha precisado que tal aplicación no puede ser literal e inmediata *"lo que impide una traslación mimética de las garantías*

propias del procedimiento judicial al administrativo sancionador" (STC 181/90[6]).

Los elementos indispensables de toda acusación sobre la que debe versar el ejercicio de la defensa son la inalterabilidad o identidad de los hechos que se imputan (STC 98/1989[7]), que no haya existido calificación de la conducta como más grave y la posibilidad de defenderse (STC 145/1993[3]).

12. En el Pliego de concreción de hechos de 11 de mayo de 1992 se recogen tanto los hechos que se imputan a la denunciada como la calificación jurídica que podría corresponder a los mismos. Por tanto, basta con que el Tribunal conceda a la denunciada la posibilidad de defenderse para que pueda proseguir el procedimiento sin merma de las garantías de procedimiento, derecho a conocer el contenido de la acusación y derecho a defenderse de ella.
13. También los denunciados, en este caso la recurrente -puesto que ha sido considerada parte interesada en el expediente- y no solamente la empresa denunciada, tienen derecho a la tutela efectiva que preconiza el artículo 24.1 de la CE, que no puede ser hurtado por las decisiones de un órgano sometido a las relaciones de dependencia de la Administración General del Estado. Esta es la razón por la cual la LDC establece el recurso ante el Tribunal contra los actos de archivo y sobreseimiento del Servicio, en lugar de prever el recurso ordinario ante el superior jerárquico que es el sistema normal de recurso administrativo.
14. Por todas las razones expuestas -y no por razones de economía procesal- y tras la valoración de los pros y los contras de las alternativas transcritas en el FD. 7, el Tribunal se ha decantado en el presente caso por la última, es decir, por estimar el recurso, equiparar la revocación del Acuerdo de sobreseimiento a la admisión a trámite de un expediente por el Tribunal e imputar a la Empresa Mixta los hechos recogidos en el Pliego de concreción de hechos de 11 de mayo de 1992 y su calificación jurídica. Esta decisión no solamente tiene en cuenta la solución establecida en el procedimiento penal para los casos en los que un Tribunal superior estima el recurso contra el Auto de sobreseimiento que pone fin a la fase de instrucción de una causa criminal (artículos 634 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sino que obvia también los inconvenientes de las otras soluciones posibles y viene a satisfacer todos los postulados de garantías para las partes y de seguridad jurídica que deben inspirar los procedimientos sancionadores.

VISTOS: los artículos citados, el Tribunal

HA RESUELTO

1. Estimar el recurso interpuesto por UNESPA contra el Acuerdo, que se revoca, del Director General de Defensa de la Competencia de 18 de enero de 1995, por el que se sobreseyó el expediente del Servicio de Defensa de la Competencia citado en el encabezamiento de esta Resolución.
2. Continuar la tramitación del citado expediente ante este Tribunal, considerando que son objeto del mismo los hechos recogidos en el pliego de concreción de hechos de infracción transcrito en el Antecedente de Hecho nº 2.
3. Una vez notificada esta Resolución a los interesados abrir expediente sancionador y continuar su tramitación de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Defensa de la Competencia.

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

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA EL VOCAL D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH.

Disiento del parecer de la mayoría en lo referente a la opción elegida para continuar la tramitación del expediente que se expone en los F.J. 7 a 14 que, a mi entender, vulnera los derechos y garantías procesales del presunto infractor y, en concreto, la garantía de procedimiento, el derecho a la defensa y el derecho a conocer el contenido de la acusación y a defenderse de ella.

1. El sistema diseñado en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia establece un procedimiento de ejercicio de la potestad sancionadora por infracciones, contempladas en la Ley, que satisface plenamente las exigencias derivadas del art. 24 de la Constitución, cuyos principios y derechos son de aplicación, con algunas excepciones que aquí no hacen al caso, al procedimiento administrativo sancionador, según declaró ya el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 8 de junio de 1981 y ha recordado reiteradamente tanto este Tribunal como el Tribunal Supremo (STS de 3 de octubre de 1988 y de 13 de febrero de 1992).

Entre esos principios se encuentra el de garantía de procedimiento, que expresamente formula ahora el art. 134.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando dice que "*El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá el procedimiento legal o reglamentariamente establecido*" y también el de separación entre el órgano que instruye y el que decide (art. 134.2). Pues bien, en el procedimiento previsto en el Título III de la Ley no está contemplada la posibilidad reflejada en la opinión de la mayoría 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, los hechos del cual vinculan al Tribunal y constituyen la base fáctica de la acusación que viene, en definitiva, a ser formulada por el Tribunal, aunque lo haga mediante la fórmula de hacer recobrar vigencia a un acto que el instructor, tácitamente, había dejado sin efecto al sobreseer el expediente, con lo cual las dos garantías de que se trata no han sido, a mi juicio, correctamente observadas. Además, el pliego de concreción de hechos, cuya vigencia a efectos acusatorios se declara ahora en la Resolución, fue formulado en una fecha en que no podían tenerse en cuenta hechos posteriores aportados al expediente por la consiguiente actividad instructora. En definitiva, nos encontramos ante una propuesta del Instructor de sobreseimiento del expediente que, sin prejuzgar la Resolución definitiva, puede terminar con una declaración de infracción y la imposición de sanciones.

2. El derecho a la defensa y su manifestación concreta consistente en que el imputado pueda conocer el contenido de la acusación y defenderse de ella, resultan también, a mi juicio, gravemente afectados por cuanto que la empresa presuntamente infractora ve cómo cambia su posición de recurrida a la de acusada y, si bien es cierto que en la fase del procedimiento ante el Tribunal que abre la Resolución tendrá ocasión de defenderse y de proponer pruebas en su descargo, no lo es menos que esta posibilidad ha de estar igualmente presente en la fase de instrucción en la que, además de presentar alegaciones al pliego de cargos, lo que hizo en su momento la Empresa Mixta, propuso pruebas, petición no resuelta entonces, y tiene, además, derecho a que el instructor, en el informe que ha de elevar al Tribunal, tenga en consideración sus alegaciones (art. 37.2 LDC), de modo que la empresa contra la que se formulan cargos tenga, desde ese momento, la posibilidad de desplegar una actividad eficaz tendente a la supresión de los mismos o, al menos, a que, motivadamente, el órgano administrativo que los formula pueda tener en cuenta sus alegaciones y pruebas para fijar el objeto de la acusación sobre la que el Tribunal se pronuncia en definitiva. Este informe, previsto en el art.

37.1 LDC, es un acto esencial que pone fin a la fase instructora y debe contener, según el art. acabado de citar, las conductas observadas y sus antecedentes, los efectos producidos, la calificación que merezcan los hechos, así como las pruebas propuestas por los presuntos infractores. Pues bien, este trámite, a mi juicio esencial, se omite al optar por la solución mayoritaria y se priva al presunto infractor de un elemento fundamental para su defensa que refleja tanto el contenido de la acusación como los motivos que han determinado al instructor para formularla, lo que no queda compensado por las razones de eficacia en la actuación administrativa o las razones de economía procesal que pueden subyacer en la resolución mayoritaria.

El Acuerdo de sobreseimiento previsto en el art. 37.4 no puede sustituir al informe previsto en el propio artículo por tratarse de actos cuya naturaleza procesal y material es diferente, pues, mientras el primero pone fin al procedimiento en la fase de instrucción y se configura como una facultad del Servicio, el segundo es un acto intermedio que el Servicio está obligado a cumplimentar al remitir el expediente al Tribunal, que continúa el proceso. Como ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de mayo de 1993, el hecho de que el expedientado no conozca en ese momento los cargos formulados por el instructor, con la exposición de los hechos imputados y el resultado de las pruebas practicadas, ni la propuesta de Resolución del expediente, constituye una vulneración del art. 24.2 de la Constitución, sin que el recurso de reposición, en el caso enjuiciado por el Alto Tribunal que se acaba de citar, pueda sustituir a los esenciales trámites omitidos.

3. La solución correcta, en mi opinión, hubiera consistido en estimar el recurso y devolver el expediente al Servicio de Defensa de la Competencia para que, en vista de la instrucción practicada hasta el momento, el órgano *a quo* formulara pliego de cargos por abuso de posición de dominio en el mercado a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A., dando a ésta nuevamente la posibilidad de presentar alegaciones y proponer pruebas y, tras la valoración de éstas, en su caso (art. 37.1, párrafo 2º), remitir el expediente al Tribunal con su informe. Conforme a los principios generales que rigen los recursos, el órgano instructor debe realizar lo acordado por el Tribunal al resolver un recurso en los términos que indique la propia Resolución; es evidente que esta solución dilataría la decisión final sobre el expediente, pero los derechos y garantías fundamentales de las empresas, que pueden ser sancionadas con multas de muy elevada cuantía, así lo exigen.

Las consideraciones de la resolución mayoritaria sobre la existencia de relaciones de dependencia entre el Servicio y la Administración General o la imposibilidad de esperar que aquél modifique su calificación jurídica de los hechos, no conducen, a mi juicio, en el ámbito de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, a la solución contraria.