

RESOLUCIÓN (Expte. R 186/96. Servicio Navarro De Salud)

Pleno

Excmos. Sres.:

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

En Madrid a 19 de Febrero de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC, el Tribunal) con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Jesús Rubí Navarrete, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el expediente r 186/96 (1354/96 del Servicio de Defensa de la competencia - SDC, el Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por D. Daniel Echaury Acedo en representación de "Nuevo Tanatorio San Alberto", contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 1 de octubre de 1996, por el que se archivó la denuncia por prácticas discriminatorias de los artículos 1.1.d) y 6.1.d) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloque a un competidor en situación de desventaja frente a otros..

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 4 de marzo de 1996 Nuevo Tanatorio San Alberto formuló denuncia contra el Servicio Navarro de Salud por supuestas prácticas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
2. Los hechos denunciados son los siguientes:

El Director Gerente del Servicio Navarro de Salud, por Resolución de 2 de agosto de 1995, inició el expediente para adjudicar la explotación del Servicio de Funeraria y Tanatorio del Hospital de Pamplona, adjudicación que se realizó por Resolución de 26 de octubre en favor de la Empresa Servicios Fúnebres de Pamplona S.A. (SFP).

Las "Normas de funcionamiento para la entrada, salida y traslado de cadáveres y mantenimiento de las instalaciones" (Normas de funcionamiento) aprobadas el 26 de junio de 1990 parece que, a juicio del denunciante, no van a dar opción a los familiares de los fallecidos en centros dependientes del Servicio Navarro de Salud, ni a los de los fallecidos y trasladados al Depósito Judicial, a elegir el tanatorio.

La conjunción de ambas circunstancias va a determinar, "de facto", que los familiares de los fallecidos escojan a la empresa adjudicataria del concurso.

Ello supone una vulneración del principio constitucional de libertad de empresa (art. 38 CE), el falseamiento del mercado por la Administración al dar preeminencia a una empresa sobre las demás y una infracción de los artículos 1.d) y 6.d) de la Ley de Defensa de la Competencia.

3. El 14 de septiembre de 1995 Nuevo Tanatorio San Alberto interpuso recurso administrativo ordinario contra la Resolución del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud, recurso que fue desestimado por el Gobierno de Navarra el 20 de noviembre del mismo año.
4. El Servicio de Defensa de la Competencia abrió un período de información reservada solicitando información al Servicio Navarro de Salud, al Hospital de Navarra y al Ayuntamiento de Pamplona.
5. Los datos obrantes en el expediente ponen de manifiesto los hechos que se señalan a continuación:

El Hospital de Navarra es un hospital público dependiente del Gobierno de la citada Comunidad Foral y dispone de unos servicios de funeraria y tanatorio cuya explotación fue adjudicada mediante concurso público a la empresa SFP, por Resolución del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud de 26 de octubre de 1995.

Las Normas de funcionamiento permiten que los familiares de los fallecidos puedan designar libremente la empresa funeraria que les vaya a prestar servicio (punto 2 de las Normas).

Las estadísticas de los años 1992 a 1994 indican que el 61% de los familiares de los fallecidos han solicitado los servicios de empresas distintas de la adjudicataria de la Funeraria y Tanatorio del Hospital de Pamplona (entre las que se encuentra la propia denunciante, con un 20% de los servicios).

Atendiendo a los hechos citados el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia acordó el archivo de la denuncia el 1 de octubre de 1996.

6. La denunciante recurrió en plazo contra el Acuerdo de archivo el 22 de octubre de 1996.

El recurso reitera los argumentos de la denuncia, añadiendo que las estadísticas aportadas al expediente "no pueden ser consideradas como un elemento objetivo para llegar a conclusiones, máxime si se omite la estadística del año 1995 sin explicación alguna". Asimismo señala que la intervención de la Administración es contraria a la vigente legislación que liberaliza los servicios funerarios. Solicitaba también la adopción de medidas cautelares.

El Servicio informó en cumplimiento del artículo 48.1 de la Ley de Defensa de la Competencia dando por reproducidos los argumentos del Acuerdo de archivo.

7. Por Providencia de 14 de noviembre se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que formularan alegaciones y presentaran los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

Nuevo Tanatorio San Alberto evacuó el trámite remitiéndose a sus escritos y documentación aportados al expediente, afirmando adicionalmente que, en su opinión, el Servicio reconoce que aproximadamente un 70% de los servicios se realizan por la empresa adjudicataria, y que considera que en 1995 y 1996 la proporción de servicios fue incluso superior.

8. Son interesados:
 - Nuevo Tanatorio San Alberto
 - Servicio Navarro de Salud - Osasunbidea
 - Servicios Fúnebres de Pamplona

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La denuncia formulada y el recurso interpuesto por Nuevo Tanatorio San Alberto se apoyan, en primer lugar, en la adjudicación mediante concurso público a una empresa privada de los servicios de Tanatorio y Funeraria del Hospital de Navarra, por Resolución del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud.

El Servicio Navarro de Salud es un Organismo Autónomo de carácter administrativo dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines (art. 45 de la Ley Foral 10/1990).

Su Director Gerente asume las funciones de dirección y gestión del Servicio (art. 50 de la Ley Foral) y, en particular, las de gestión de la totalidad de las actividades y servicios de aquél, así como la de actuar como órgano de contratación (art. 51.1.k de la norma citada).

En el ejercicio de sus funciones dictó las Resoluciones de 2 de agosto y 26 de octubre de 1995, relativas respectivamente, a la convocatoria del concurso público y a la adjudicación por concurso público de los antedichos servicios.

Se trata, por tanto, de actos administrativos cuya impugnación debe realizarse ante el Gobierno de Navarra, como acertadamente hizo la hoy recurrente, cuya resolución desestimatoria, de considerarlo oportuno la interesada, debió ser impugnada ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo.

2. Se hace referencia en segundo lugar, a las "Normas de funcionamiento de entrada, salida, traslado de cadáveres y mantenimiento de las instalaciones" aprobadas por Resolución 557/1990 del Gerente del Hospital de Navarra, al amparo de las facultades que le confiere el Decreto Foral 21/1989.

La citada resolución constituye, también, un acto administrativo cuya impugnación debe realizarse ante los órganos competentes de la Administración Navarra y, agotada la vía administrativa, serán competentes los órganos de la jurisdicción contenciosa.

El Tribunal ha mantenido en numerosas ocasiones que, aún no siendo el órgano competente para la revisión de actos administrativos, sí lo es para determinar si una práctica presente en el mercado es restrictiva de la competencia, si puede ser calificada como un acuerdo del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y si, en caso afirmativo, goza de la excepción de su artículo 2, cuando los órganos de las Administraciones Públicas son sujetos operadores en el mercado (vid, por todas, la Resolución de 30 de abril de 1996. Expte. r 148/96, TRAGSA).

Sin embargo, en el presente expediente la calificación sobre la existencia de prácticas prohibidas ha de ser negativa. En efecto, no se ha acreditado la existencia de acuerdo alguno entre operadores económicos, ni la de una decisión anticompetitiva por parte del gerente del Hospital de Navarra, quedando excluida la aplicación del artículo 1 de la Ley 16/1989.

Tampoco ha resultado acreditada la existencia de posición de dominio, ni menos aún, el abuso de la misma, no pudiendo aplicarse el artículo 6 de la norma citada.

Por el contrario, resulta acreditado que en el mercado de servicio funerarios, que sería el relevante como mercado de producto, ni aún acotándolo geográficamente a los servicios prestados a los fallecidos en los centros objeto de la adjudicación, las empresas que han operado en el mismo ostentan posición de dominio, concurriendo tres que han alcanzado, respectivamente, el 39%, el 33% y el 20% entre 1992 y 1994 (folio 127).

Datos que, por otra parte, ponen de manifiesto contundentemente que la libertad de elección de la empresa prestataria de servicios funerarios contemplada en las Normas de funcionamiento del Servicio (folio 114) tiene vigencia efectiva "de facto".

3. El Tribunal no puede compartir la apreciación de la recurrente sobre que la estadística de 1992 a 1994 no pueda ser considerada como un elemento objetivo para llegar a conclusiones. Se trata de datos suministrados oficialmente por el Hospital de Navarra, a requerimiento expreso del Servicio, que permiten valorar si en la aplicación de hecho de las normas de funcionamiento, los familiares de los fallecidos han podido ejercer, y en qué medida, la posibilidad contemplada en el punto 2 de aquélla, de elegir libremente la empresa funeraria prestataria de los servicios. Los datos sirven para demostrar que de la norma "per se" no se derivan limitaciones de la competencia.
4. El hecho de que no se haya aportado la estadística de 1995 no permite, sin más, modificar la conclusión expuesta en el apartado anterior por dos razones.

Por un lado, porque no hay indicio alguno en el expediente, ni ha sido aportado documentación o justificación por la recurrente en el trámite correspondiente, que permita cuestionar que la aplicación de las Normas de funcionamiento, con posterioridad a 1994, haya impedido la libre elección de los servicios funerarios. No hay, por tanto prueba alguna, ni siquiera indiciaria, de que en 1995 se haya modificado la situación preexistente.

Por otro lado, porque durante los diez primeros meses de 1995 la adjudicataria de los Servicios de Funeraria y Tanatorio del Hospital de Navarra fue la Sociedad Servicios Funerarios Iruña SAL, y no SPF, con lo que los datos de 1995, de haberse aportado, se referirían en su mayor parte a hechos anteriores a la adjudicación denunciada.

5. La afirmación de que el Servicio reconoce que aproximadamente el 70% de los servicios se realizan por SPF, carece de consistencia.

Al margen de ser contradictoria con el criterio sostenido por la recurrente, que niega validez a la estadística aportada, resulta que el Acuerdo de archivo del Servicio no recoge tal afirmación (folio 269). Sólo se puede llegar a esa conclusión agregando los datos de los servicios prestados por SFP, a los de Servicios Funerarios Iruña SAL como adjudicataria en los años citados de la Funeraria y Tanatorio del Hospital de Navarra. Pero tal agregación no puede admitirse en los términos propuestos.

Ello es así, porque Servicios Funerarios Iruña SAL continúa presente en el mercado, aún no siendo a partir de octubre de 1995 la adjudicataria de los correspondientes servicios del Hospital de Navarra. Del mismo modo que cuando sí ostentaba la condición de adjudicataria, otras empresas, y en particular SFP, pudieron prestar servicios libremente elegidos por los familiares de los fallecidos; una vez perdida dicha condición, podrá competir con la nueva adjudicataria en dicho mercado. No cabe, por tanto, agregar mecánicamente cuotas de mercado de SFP como operador no adjudicatario, con los de la empresa que con anterioridad fue adjudicataria del Servicio.

Por último, la agregación se referiría a años anteriores a los de las Resoluciones denunciadas.

6. Finalmente, Nuevo Tanatorio San Alberto ha solicitado la admisión de medidas cautelares en su escrito de interposición de recurso. Teniendo en cuenta que tales medidas sólo pueden adoptarse si se cumplen determinados requisitos formales entre los que se encuentra la iniciación de expediente por el Servicio (Art. 45 LDC), y que dicho requisito no concurre al haberse dictado un Acuerdo de archivo, el Tribunal debe denegarlas.

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

HA RESUELTO

1. Desestimar el recurso interpuesto para Nuevo Tanatorio San Alberto contra el Acuerdo de archivo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 1 de octubre de 1996.
2. Desestimar las medidas cautelares solicitadas.

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