



Roj: **STS 3139/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:3139**

Id Cendoj: **28079130032013100173**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **14/06/2013**

Nº de Recurso: **3282/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Junio de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **3282/2010** interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE PALMA DE MALLORCA, representado por el Procurador D. Alejandro González Salinas, contra la sentencia dictada con fecha 31 de marzo de 2010 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 154/2009, sobre sanción en materia de defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Ayuntamiento de Palma de Mallorca interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 154/2009 contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que en el expediente sancionador 650/08 acordó:

"Primero.- Declarar que la Empresa Funeraria Municipal, S.A. ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, por haber obstaculizado la competencia real o potencial, siendo corresponsable el Ayuntamiento de Palma de Mallorca.

Segundo.- Imponer a Empresa Funeraria Municipal, S.A., conjunta y solidariamente con el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, la multa de quinientos mil (500.000) euros.

Tercero.- Intimar a las entidades para que se abstengan en lo sucesivo de realizar las prácticas declaradas prohibidas.

Cuarto.- Ordenar a las entidades sancionadas la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos diarios de información general, uno de ámbito nacional y otro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la Resolución.

En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, se le impondrá a la que lo incumpla una multa de seiscientos (600) euros, por cada día de retraso.

Quinto.- Los sancionados, justificarán ante la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados.

Sexto.- La Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia vigilará y cuidará del cumplimiento de esta Resolución."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 8 de septiembre de 2009, el Ayuntamiento recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que:



- 1.- Se declare la nulidad, anulabilidad o revocación de la resolución impugnada.
- 2.- Subsidiariamente, se rebaje la multa en los términos del apartado 5 de los fundamentos de derecho de este escrito.
- 3.- Se arbitren y ordenen cuantas medidas sean necesarias para restablecer la situación jurídica perturbada y garantizar el ejercicio del derecho de mi poderdante".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 21 de diciembre de 2009, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante".

Cuarto.- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 31 de marzo de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 3 de marzo de 2009, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados. Sin expresa imposición de costas."

Quinto.- Con fecha 6 de julio de 2010 el Ayuntamiento de Palma de Mallorca interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número **3282/2010** contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: "al amparo del artículo 88.1,d) de la Ley de esta Jurisdicción, en cuanto la sentencia incurre en infracción del Ordenamiento jurídico y la jurisprudencia aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, en concreto, infracción de los artículos 1, 2 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), en relación con la Disposición Transitoria Primera, Disposición Derogatoria Única y Disposición Final Tercera de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia. los artículos 9.3, 14 y 38 de la Constitución (CE), los artículos 2.2 y 3 del Código Civil (Cc), el artículo 22 del Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y liberalización de la Actividad Económica (en adelante DL 7/1996), y los artículos 25.2 j) y 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL)".

Segundo: "al amparo del artículo 88.1,d) de la Ley de esta Jurisdicción, en cuanto la sentencia incurre en infracción del Ordenamiento jurídico y la jurisprudencia aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, en concreto, infracción del artículo 8 de la LDC, en relación con los artículos 1 y 2 de la misma Ley."

Tercero: "al amparo del artículo 88.1,d) de la Ley de esta Jurisdicción, en cuanto la sentencia incurre en infracción del Ordenamiento jurídico y la jurisprudencia aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, en concreto, infracción del artículo 6 de la LDC."

Cuarto: "al amparo del artículo 88.1,d) de la Ley de esta Jurisdicción, en cuanto la sentencia incurre en infracción del Ordenamiento jurídico y la jurisprudencia aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, en concreto, infracción del artículo 70.1 de la Ley de esta Jurisdicción, en relación con los artículos 3.1 y 63.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA) y 103.1 de la Constitución: arbitrariedad y desviación de poder."

Quinto: "al amparo del artículo 88.1,d) de la Ley de esta Jurisdicción, en cuanto la sentencia incurre en infracción del Ordenamiento jurídico y la jurisprudencia aplicables para resolver la cuestión objeto de debate, en concreto, infracción de los artículos 131 de la LRJPA y 10.1 de la LDC: infracción del principio de la proporcionalidad."

Sexto.- Por escrito de 2 de diciembre de 2010 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó la confirmación de la sentencia con imposición de costas a la parte recurrente.

Séptimo.- Por providencia de 20 de marzo de 2013 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 4 de junio siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO



Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 31 de marzo de 2010, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que le impuso, de modo "conjunto y solidario con la Empresa Funeraria Municipal S.A.", una sanción de multa de quinientos mil euros "por haber obstaculizado la competencia real o potencial" en el mercado de servicios funerarios.

En síntesis, a juicio del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, la empresa funeraria municipal y el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, éste en cuanto propietario del capital íntegro de aquella "a la que gobierna a través del Pleno del Ayuntamiento y del titular de la Concejalía de Sanidad o Infraestructuras", habrían incurrido en la infracción sancionada con el designio de mantener la posición de dominio de la empresa municipal a salvo de la competencia en los mercados (liberalizados) de prestación de servicios funerarios en Palma de Mallorca y Marratxi, impidiendo la actividad de los posibles competidores, reales o potenciales, que desearan realizar dichos servicios funerarios en Palma de Mallorca.

Segundo.- El tribunal de instancia dio como probados (en el fundamento jurídico sexto de su sentencia) los mismos hechos "que la resolución impugnada declara probados, y que esta Sala igualmente considera acreditados porque resultan del expediente y no han sido negados por la parte actora". Entre ellos destacan los siguientes:

"[A] La Concejal de Sanidad del Ayuntamiento de Palma de Mallorca remitió el 26 de enero de 2004 una carta (folio 188 del expediente del SDC), cuyo destinatarios fueron los Directores de todos los hospitales, clínicas y residencias de la tercera edad de la ciudad, según reconoce la Presidente de EFMSA -y firmante de la carta en su condición de Concejal de Sanidad- en escrito dirigido al SDC de fecha (folios 411 a 413 del expediente del SDC), en la que se decía lo siguiente:

'...como quiera que últimamente, empresas funerarias radicadas en otros términos Municipales, vienen realizando en Hospitales y Clínicas radicadas en Palma de Mallorca, actividades funerarias consistentes en la recogida, acondicionamiento de cadáveres, enferetramiento y transporte de cadáveres, esta Concejalía de Sanidad se ve en la necesidad de recordar lo establecido en el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuaria de la C.A.I.B., aprobada por Decreto nº 105/1997, Ordenanza Reguladora de los Servicios Funerarios, Reglamento de Transportes y demás Normativa de aplicación, en virtud de la cual: **'únicamente pueden realizar actividades de servicios funerarios, las empresas que cuenten con la preceptiva licencia otorgada por el Ayuntamiento en el que se realicen tales servicios. No obstante lo anteriormente indicado, empresas funerarias en posesión de licencia otorgada en el Ayuntamiento en que radiquen, podrán realizar transporte de cadáveres, desde el Municipio en que se halle el cadáver, hasta el que debe inhumarse o incinerarse, no pudiendo dichas empresas, con la ocasión de la realización del servicio de transporte de cadáveres, realizar en Municipio en el que no disponen de licencia, servicio funerario alguno que no consista exclusivamente el transporte de cadáveres'**.. (la negrita es de la carta original).

En la carta que transcribimos, la Concejal de Sanidad del Ayuntamiento recurrente concluye solicitando a sus destinatarios su colaboración para impedir que en los Hospitales y Clínicas que dirigen se lleven a cabo las actividades de acondicionamiento de cadáveres y subsiguiente enferetramiento por parte de empresas que no cuenten con licencia otorgada por el Ayuntamiento de Palma y otras, que califica de ilegales.

Como consecuencia de lo anteriormente indicado, las empresas funerarias no ubicadas en el término Municipal de Palma, únicamente podrán realizar el transporte de cadáveres desde ese Hospital al cementerio en el que deban inhumarse, siempre y cuando cuenten con la correspondiente licencia otorgada en el Municipio en que radiquen, por lo que esta Concejalía solicita su colaboración al objeto de que se impida que en la entidad que usted tan dignamente dirige, se lleven a cabo actividades ilegales, (realización en el término municipal del Palma de actividades de acondicionamiento de cadáveres y subsiguiente enferetramiento por parte de empresas que no cuenten con licencia otorgada por el Ayuntamiento de Palma y en lugares que no dispongan de licencia específica para ello o realización de actividad de transporte de cadáveres por entidades que no cuenten con licencia de actividad funeraria otorgada por el Municipio en el que radican, poniéndolo en su caso, en conocimiento de la Policía Local, la cual instruirá las diligencias pertinentes.

[B] En fecha 21 de enero de 2005, la Concejal de Sanidad del Ayuntamiento de Palma de Mallorca dirigió una carta al Director de la Residencia Oasis (folio 205 del expediente del SDC), en la que, en similares términos a la carta anterior, se decía:

Esta Concejalía de Sanidad se ve en la necesidad de poner en su conocimiento, que la vigente Ordenanza Municipal de Servicios Funerarios y demás Normativa de aplicación (Reglamento de Policía Sanitaria Mortuaria de la C.A.I.B.), establecen que únicamente las empresas funerarias legalmente constituidas en los Municipios que radiquen y que están en posesión de la pertinente Licencia Municipal, pueden realizar servicios funerarios



de recogida y transporte de cadáveres de fallecidos en ese Centro Sanitario para enterrarlos en otros Municipios, no pudiéndose con ocasión de la realización de dichos servicios, efectuarse práctica mortuoria alguna (acondicionamiento de cadáveres) en ese centro, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 3º del artículo 4º de la vigente Ordenanza Municipal Reguladora de Servicios Funerarios".

Tercero.- La Sala de instancia resumió las alegaciones de la demanda y la réplica de la Administración en los siguientes términos:

"[...] La parte actora alega en su demanda: I) Infracción del artículo 2 LDC por a) Inaplicación -no sujeción- a las Administraciones Públicas de las prohibiciones de la LDC, aún cuando su actuación comporte restricciones a la competencia, si tal actuación lo es en ejercicio de potestades administrativas y no como operador del mercado; b) en el presente caso, el Ayuntamiento de Palma de Mallorca actuó en ejercicio de potestades administrativas, como verdadera Administración Pública; y c) incompetencia e imposibilidad de que los órganos de la competencia declaren la inaplicación o nulidad de los reglamentos y actos administrativos, incluso cuando se considere que los mismos contienen restricciones de la competencia; II) Infracción del artículo 8 LDC; III) Infracción del artículo 6 LDC; IV) arbitrariedad y desviación de poder, y V) Subsidiariamente, infracción del principio de proporcionalidad.

El Abogado del Estado contesta a las alegaciones de la demanda, señalando que el artículo segundo párrafo del artículo 2.1 LDC establece que la citada ley se aplica al ejercicio de potestades administrativas, y además el artículo 2.1 LDC únicamente se refiere a la inaplicación del artículo 1 LDC, sin que la exención pueda extenderse al artículo 6 LDC que es el aplicado en este caso, añadiendo que el control del Ayuntamiento sobre la empresa de servicios funerarios es total, y el Ayuntamiento colaboró con la empresa sancionada mediante actuaciones propias, no existe justificación para la conducta del recurrente, que persiguió favorecer la situación de monopolio de la empresa municipal, y la cuantía de la multa está plenamente justificada en la Resolución impugnada."

Cuarto.- A partir de este planteamiento de la controversia procesal, el tribunal de instancia fue rechazando sucesivamente los argumentos impugnatorios de la demanda. En el fundamento jurídico tercero de la sentencia consideró que la decisión administrativa no vulneraba el artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el cuarto estimó que tampoco infringía el artículo 8 de dicha Ley. En el quinto fundamento jurídico analizó el marco -regulatorio y liberalizado- de la prestación de servicios funerarios para, acto seguido, avalar en el sexto y séptimo el juicio de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la existencia de abuso de posición dominante en este caso. En los dos últimos fundamentos jurídicos rechazó que el acto impugnado incurriese en desviación de poder y que la sanción económica impuesta al Ayuntamiento de Palma de Mallorca vulnerase el principio de proporcionalidad.

La discrepancia de la Corporación Municipal con el fallo de instancia se articula en cinco motivos de casación, todos ellos por la vía del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, de los cuales el primero presenta singular interés. Por expresarlo en sus propios términos, parte de la "[...] inaplicación -no sujeción-, a las Administraciones Públicas de las prohibiciones de la LDC, aún cuando su actuación comporte restricciones a la competencia, si tal actuación lo es en ejercicio de potestades administrativas y no como operador del mercado." Y a estos efectos acumula la denuncia de infracciones legales heterogéneas, tal como resulta fácilmente perceptible en la transcripción que del encabezamiento del motivo hemos realizado (quinto antecedente de hechos).

Quinto.- Para comprender mejor los términos del debate en este punto es oportuno que transcribamos la parte correlativa de la sentencia de instancia:

"[...] La primera pretensión anulatoria de la parte actora se basa en la infracción del artículo 2.1 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la Competencia (LDC), por entender con apoyo en sentencias de esta Sala que las prohibiciones de LDC son inaplicables (no sujeción) a las Administraciones Públicas, aún cuando su actuación comporte restricciones a la competencia, si tal actuación no lo es como operador o agente en el mercado, sino en ejercicio de sus potestades administrativas públicas, con plena habilitación legal. Considera que en todas las actuaciones a que se refiere el TDC, el Ayuntamiento actuó como Administración Pública, en ejercicio de sus potestades de intervención administrativa.

No obstante, y como señala el Abogado del Estado en su contestación, la referencia que efectúa la parte actora al artículo 2 LDC no es relevante en el presente caso, pues tal precepto establece la inaplicación de las prohibiciones del artículo 1 - exclusivamente- a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley, sin que tal exención pueda extenderse al artículo 6 LDC, que es el aplicado en el presente caso al calificarse la conducta enjuiciada como abuso de posición de dominio.



Además de lo anterior, tampoco puede mantenerse la tesis de que son inaplicables las prohibiciones del artículo 1 LDC a las Administraciones cuando actúen en ejercicio de potestades administrativas, tal y como sostiene la parte actora con cita de sentencias anteriores de esta Sala.

En efecto, el Tribunal Supremo ha dicho, en sentencia 19 de junio de 2007 (recurso 9449/2004), y en sentencia de Pleno de la Sala 3ª, de 4 de noviembre de 2008 (recurso 5837/2005), que aunque se refiere a un Colegio Profesional contiene criterios aplicables a las Administraciones Públicas, que el ejercicio de funciones públicas no exime a la Administración Pública de su sometimiento a la LDC, ni la habilitación legal con que actúan las Administraciones Públicas implica por sí sola la aplicación del artículo 2 LDC.

Pues bien, es preciso dejar sentado que ambas tesis son erróneas. Ni el ejercicio de funciones públicas exime a un Colegio Profesional -ni a la Administración Pública en general- de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Frente a tal exclusión parcial del sometimiento de la actuación de las Administraciones públicas al derecho de la competencia cuando actúan como tales administraciones públicas, hay que afirmar la plena sujeción de las mismas a dicha regulación...

Respecto de la exención del artículo 2.1 LDC, en la redacción vigente en el momento de los hechos, contenida hoy en el artículo 4 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC 15/2007), que la extiende a todas las prohibiciones del Capítulo 1º, incluyendo por tanto los supuestos de abuso de derecho, es criterio jurisprudencial que no puede equipararse dicha cláusula de exención de las prohibiciones del artículo 1 LDC con la habilitación legal que precisa cualquier actuación de la Administración Pública.

En efecto, en nuestro Derecho las Administraciones Públicas no actúan por su propia autoridad, sino amparándose en la autoridad de la ley, cuando la norma les atribuye la potestad de actuar en una determinada relación, como resulta del artículo 104 CE ('... las Administraciones Públicas actúan ... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho...'), y no cabe confundir este ejercicio de las potestades conferidas por la ley con una concreta autorización legal para realizar una conducta contraria a la LDC.

Así resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida en la sentencia de 27 de octubre de 2005 (recurso 8.093/2002) y en la sentencia de Pleno de la Sala 3ª de 4 de noviembre de 2008, antes citada [...].

Sexto.- Acogiendo, con la parte recurrente, que la interpretación del artículo 2 ("conductas autorizadas por ley") de la Ley 16/1989 pueda hacerse a la vista de su ulterior modificación por la Ley 15/2007, cuyo artículo 4 reitera el contenido de aquél, ahora bajo la denominación "conductas exentas por ley" (con algún matiz diferencial que extiende el ámbito de la exención a todas las conductas ilícitas del capítulo primero, incluido el abuso de posición de dominio, y no sólo a las del artículo primero como sucedía anteriormente), lo cierto es que los hechos por los que fue sancionado el Ayuntamiento de Palma de Mallorca no sólo no "resultaban de la aplicación de una ley", como exigen aquellos dos preceptos, sino que constituían justamente una contravención de las normas legales aplicables a la prestación de los servicios funerarios liberalizados.

Esta mera constatación que ya avanzamos (ulteriormente analizaremos hasta qué punto la conducta sancionada supuso, en efecto, la vulneración de las citadas normas sectoriales) bastaría para rechazar la tesis actora sobre la aplicación del artículo 2.1 de la Ley 16/1989. En el desarrollo de dicha tesis se entremezclan, por lo demás, dos cuestiones no coincidentes: por un lado, la relativa al contenido material de las conductas (exentas, o no exentas, por ley); y por otro la relativa a la intervención de las Administraciones Públicas en cuanto titulares de potestades administrativas, a los efectos de su eventual represión por parte de la Comisión Nacional de la Competencia.

A) La primera de ambas cuestiones ha de resolverse sobre la base de que, para apreciar la exención legal prevista en el artículo 2 de la Ley 16/1989 o en el artículo 4 de la Ley 15/2007, lo decisivo es que la conducta anticompetitiva en sí misma considerada (esto es, bajo el aspecto objetivo y no el subjetivo) goce de amparo directo en una "ley". A estos mismos efectos resulta relativamente indiferente que el autor de la conducta sea una persona privada o una Administración pública: si su conducta queda objetivamente respaldada por una ley, no podrá ser sancionada a título de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia.

No son precisas demasiadas consideraciones para explicar la consistencia de esta conclusión, convertida en regla legal. La capacidad legislativa del Parlamento no queda condicionada o congelada por la aprobación de una ley, incluso de carácter general (como la Ley 16/1989 o la Ley 15/2007), que otras leyes posteriores, de orden sectorial, pueden modificar explícita o implícitamente. Y es también comprensible que razones de todo tipo - sociales, económicas, entre ellas- puedan aconsejar excepciones, con mayor o menor extensión, o cambios legales respecto del régimen "normal" de competencia para sectores, parcelas o actividades de la actividad



pública o privada, si las cámaras parlamentarias así lo deciden (con los solos límites constitucionales, por un lado, y derivados de las "disposiciones comunitarias" a las que se refieren el artículo 2 de la Ley 16/1989 y el artículo 4 de la Ley 15/2007 , por otro).

B) Cosa distinta es que las Administraciones Públicas en cuanto tales, es decir, desde el punto de vista subjetivo, gocen también de "exención legal" por sus actos. Si disfrutan o no de ella es algo que no cabe resolver apelando sin más al artículo 2.1 de la Ley 16/1989 pues, repetimos, dicho precepto se refiere a la exclusión de la antijuridicidad objetiva del hecho, en principio ilícito, al quedar afectada por una causa de justificación suficiente (la cobertura directa de otra ley).

Séptimo.- Los problemas relativos a la posible represión, por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, de actos emanados de las Administraciones Públicas son, sin duda, complejos y algunos de ellos ya han sido objeto de pronunciamiento por esta Sala (entre otras, en la sentencia del Pleno de 4 de noviembre de 2008 a la que se remite la ahora impugnada). A riesgo de sintetizar en exceso podríamos concluir:

A) La Comisión Nacional de Competencia carece de facultades para anular actos administrativos o disposiciones generales de rango inferior a la ley, carencia cuyo reverso es que, si pretende su declaración de nulidad, ha de ejercitar ante los tribunales las correspondientes acciones, una vez que la Ley 15/2007 le ha reconocido de modo expreso legitimación procesal al efecto cuando considere que de aquellos actos o disposiciones puedan derivarse "obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados" (artículo 12.3 antes de la reforma operada por la Ley 3/2013, de 4 de junio).

Esta nueva atribución significa tanto una facultad como, paradójicamente, una cierta carga pues, de no impugnarlos, la Comisión Nacional de la Competencia no podrá desconocer por otras vías la presunción de validez de los actos administrativos de las diferentes Administraciones Públicas (ella misma es un órgano administrativo, no jurisdiccional) ni considerar, por su propia autoridad, disconformes a derecho las disposiciones reglamentarias. No cabe olvidar que el artículo 18.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , dispone, a estos efectos, que las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de su propia competencia deberán ser observadas por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezcan a otra Administración.

B) Que lo anterior sea así no implica, sin embargo, que los actos administrativos de las Administraciones Públicas o las disposiciones generales de rango inferior a la ley puedan restringir la competencia. Si la restringen (y, obviamente, siempre que no estén respaldados por la "exención legal" antes analizada) aquellos actos y disposiciones serán ilícitos, en la medida en que se encuentran sujetos a las prohibiciones generales del capítulo primero ("conductas prohibidas") del Título I de la Ley 15/2007. Esto es, en definitiva, lo que vienen a significar, en parte, el párrafo final del apartado primero del artículo 2 de la Ley 16/1989 , o del actual artículo 4 de la Ley 15/2007 , cuando se refieren a las restricciones de competencia que se deriven del ejercicio de "otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos".

Sucede, sin embargo, que la declaración de ilicitud -y subsiguiente nulidad- por esta causa, como por cualquier otra reveladora de la disconformidad con el ordenamiento jurídico de los correspondientes actos administrativos o disposiciones generales, está reservada a los tribunales. Razón por la cual, como acabamos de indicar, la Comisión Nacional de la Competencia debe acudir a ellos, haciendo uso de su legitimación procesal, si quiere privar a aquellos actos o normas de la eficacia inherente a su presunción de validez.

C) Las consideraciones precedentes ceden, sin embargo, cuando la actuación de cualquier Administración Pública se produce no en virtud de sus atribuciones de *imperium* sino en su calidad de operador económico que interviene en el mercado y presta sus servicios dentro de un marco de concurrencia con otros agentes. El propio Ayuntamiento recurrente así lo reconoce cuando admite que "si la Administración actúa como cualquier otro sujeto de derecho o como cualquier otro operador o agente en el mercado será cuando se le apliquen también las prohibiciones contenidas en la LDC". Aunque ya hemos afirmado que esta última conclusión no es del todo correcta -pues la Administración también está sometida en general a las prohibiciones de la Ley de Defensa de la Competencia, salvo que sus actos gocen del respaldo, amparo o cobertura explícita de otra norma del mismo rango- sirve para centrar el debate en los mismos términos en que la parte recurrente lo hace. Ello implica, por consiguiente, dilucidar si en el caso que nos ocupa el Ayuntamiento de Palma de Mallorca actuó en el ejercicio de potestades administrativas o como operador económico.

Octavo.- La solución a dicha pregunta no puede prescindir de un hecho capital, debidamente subrayado por la Sala de instancia y antes por la Comisión Nacional de la Competencia, cual es que la Corporación Municipal de Palma de Mallorca intervenía en el mercado de servicios funerarios mediante una empresa de titularidad municipal (EFMSA) cuyo comportamiento estaba "determinado" por el propio Ayuntamiento a través de la Concejalía de Sanidad. Aunque sobre esta cuestión versará el siguiente motivo casacional, ya podemos



avanzar que se trata de una apreciación de hecho no sólo razonable sino incontrovertible en casación. Es más, la referida empresa municipal afirmará en su recurso "paralelo" contra la sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de sus pretensiones frente a la misma resolución objeto de este litigio (recurso de casación número **3282/2010**, que resolvemos de modo simultáneo) afirmará, decimos, para demostrar su falta de culpabilidad, que "actúa con funciones públicas delegadas [por el Ayuntamiento]".

Partiendo de esta premisa, la interposición de un ente instrumental subordinado, aunque esté dotado de personalidad jurídica propia, para la prestación -por parte de las Entidades Locales- de determinados servicios en los mercados liberalizados convierte a aquellas Corporaciones en operadores económicos que deben competir en el mercado en igualdad de condiciones con el resto. O, en otras palabras, las Entidades Locales que hayan personificado bajo el régimen de derecho privado sus propias empresas, cuya actividad y comportamiento siguen determinando, no pueden ampararse después en el título de las "potestades administrativas" para intervenir en beneficio de aquéllas e imponer al resto de los operadores condiciones de mercado más restrictivas o limitar su legítima actividad.

Para resolver si, por encima o por debajo de las apariencias, una determinada actuación de una Administración pública se inserta en el ámbito de los actos de *imperium* (esto es, en el marco de sus prerrogativas de poder), resulta sin duda pertinente el hecho de que aquella Administración intervenga también, de modo simultáneo, como operador económico -aunque lo haga bajo una determinada fórmula de personificación instrumental- en el correspondiente mercado liberalizado de servicios, abierto a la concurrencia. El riesgo de colisión de intereses y potenciales restricciones a la competencia es lógicamente mayor en estos casos (el actual es buena muestra de ello), lo que ha determinado que la función regulatoria -incluidas las atribuciones de configuración del mercado y su supervisión- se encomiende a órganos distintos, independientes, de modo que una misma Administración no sea a la vez operadora en y supervisora, o sancionadora del, mismo mercado.

La actuación del Ayuntamiento de Palma de Mallorca objeto de litigio, a la que inmediatamente nos referiremos, no correspondía a sus prerrogativas de poder público "neutral" sino a la defensa de los intereses de la empresa municipal con la que él mismo operaba en el mercado de servicios funerarios. Lo cual determina, en suma, que su conducta lo fuera a título de agente u operador en el mercado, agente que en este caso se prevalece de su condición privilegiada para limitar la competencia. Todo ello determina que el motivo inicial de casación haya de ser rechazado.

Noveno.- También lo será el segundo, deducido al amparo del artículo 88.1,d) de la Ley de esta Jurisdicción, en el que la Corporación Municipal sostiene que la sentencia impugnada vulnera el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia. Enfrentada con esta misma alegación -entonces referida a la actuación de la Comisión Nacional de la Competencia- la Sala de instancia dio la siguiente respuesta en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia:

"[...] El Ayuntamiento recurrente alega que estamos ante dos personas jurídicas diferentes, el propio Ayuntamiento y EFMSA, y que al primero no puede imputarse la actividad mercantil o económica de otra persona en los términos que resultan del artículo 8 LDC .

Sin embargo, la lectura de la Resolución impugnada muestra que el Ayuntamiento de Palma de Mallorca ha sido sancionado por actos propios, realizados directamente por la misma Corporación local o por sus Concejales.

Efectivamente, en los hechos probados la Resolución impugnada narra diversos actos llevados a cabo de forma directa por el propio Ayuntamiento recurrente, sin intervención alguna de EFMSA, que se consideran integrantes de la infracción del artículo 6 LDC que se sanciona, y en el Fundamento Jurídico 2 la Resolución efectúa diversas valoraciones de esa conducta de la Corporación local, refiriéndose de forma concreta a la interpretación realizada por EFMSA y, en lo que interesa a este recurso, a la interpretación efectuada por el Ayuntamiento en sus misivas, que tratan de favorecer la posición de dominio de EFMSA y restringen las actividades de competidores. Igualmente cita el Consejo de la CNC las conductas llevadas a cabo por la Corporación local, como unas cartas remitidas por la Concejalía de Sanidad el 26 de enero de 2004, y otra carta remitida a una residencia el 21 de enero de 2005, que ponen de relieve una estrategia del Ayuntamiento recurrente para favorecer a EFMSA.

Sin perjuicio de esos actos propios de la Corporación local, que la Resolución impugnada considera por sí solos integrantes de la infracción del artículo 6 LDC, la misma Resolución también aprecia que -además- la conducta de EFMSA es también imputable a quien la controla, porque la conducta de la empresa municipal está determinada por el Ayuntamiento."

Décimo.- El Ayuntamiento de Palma de Mallorca insiste, a través de su segundo motivo casacional, en el mero dato formal de la dualidad de personificaciones jurídicas y en que EFMSA "gestiona su actividad de forma



independiente". Critica, además, que la Sala de instancia se refiera, por un lado, a actos propios de la Concejalía de Sanidad y, por otro lado, a la actuación de la empresa municipal como determinada por el Ayuntamiento.

A nuestro juicio estos dos enfoques o planteamientos no son incompatibles sino acumulativos y, en todo caso, lo que se pone de manifiesto -a los efectos del precepto legal sobre el que gira el segundo motivo- es que había sobradas razones para considerarlo aplicable, dada la realidad de los hechos probados. El tribunal de instancia destaca en otro pasaje de su sentencia (fundamento jurídico sexto) con cita de la recaída en el recurso "paralelo" número 144/2009 ante él deducido por la empresa municipal, que esta última (EFMSA) "fue creada por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca el 11 de junio de 1992, mediante la unificación de los servicios funerarios municipales con los servicios municipales de cementerios, y de acuerdo con sus Estatutos (folios 232 a 238 del expediente del SDC), su capital -de 150.052,28 euros- es enteramente público, siendo el Ayuntamiento de Palma de Mallorca su titular exclusivo. Su órgano soberano es la Junta General de la sociedad, que se constituye por el Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca y, como antes se ha mencionado, la Concejal de Sanidad del Ayuntamiento es al mismo tiempo, Presidenta de EFMSA".

En todo caso, las apreciaciones del tribunal de instancia tanto sobre el control del Ayuntamiento de Palma de Mallorca como sobre la determinación de la conducta o "influencia dominante" que la Corporación Local ejercía en el comportamiento económico de la empresa municipal son otras tantas cuestiones de hecho ya no revisables en casación. Sentado lo cual, el criterio rector del artículo 8 de la Ley 16/1989 (similar al artículo 61.2 de la Ley 15/2007) cuando permite imputar las conductas de una empresa "a la empresa que la controla" resulta aplicable a los Ayuntamientos que actúen como operadores económicos determinando la actuación de sus empresas "filiales", ya que la noción de "empresa" utilizada por aquel precepto no se identifica necesariamente con la persona jurídica privada "matriz" y puede extenderse a otras entidades que ejerzan una actividad económica, sea cual sea su estatuto jurídico propio.

Undécimo.- En el tercer motivo de casación, también al amparo al amparo del artículo 88.1,d) de la Ley Jurisdiccional , el Ayuntamiento de Palma de Mallorca considera que la Sala de instancia ha infringido el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia pues, en síntesis, la Corporación Municipal se había limitado a "ofrecer información" a los hospitales, clínicas y residencias radicadas en su término municipal, actividad informativa que no constituye un abuso de posición de dominio.

De nuevo es necesario transcribir las consideraciones del tribunal de instancia, expuestas en los fundamentos jurídicos quinto y sexto de la sentencia, para mejor resolver la controversia. De ellas excluirémos el contenido de las cartas remitidas por la Corporación Municipal, que hemos reproducido en un fundamento jurídico anterior. Comenzando por las desarrolladas en el quinto fundamento jurídico, se explica en ellas el marco jurídico aplicable a los servicios funerarios y se hace especial referencia al pronunciamiento de una sentencia precedente que ya había anulado parte de la ordenanza municipal aplicable a aquéllos. El fundamento jurídico quinto de la sentencia ahora impugnada se expresa en los siguientes términos:

"[...] Antes de examinar los concretos actos desarrollados por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca que la Resolución impugnada considera integrantes de la infracción del artículo 6 LDC , parece oportuno un comentario sobre los mercados afectados, su marco regulatorio y la sentencia y auto dictados por el TSJ de Baleares unos años antes de los hechos examinados, que se refiere precisamente a los servicios funerarios que estamos tratando, reproduciendo aquí lo dicho al respecto en la sentencia de la Sala de la misma fecha, dictada en el recurso 144/2009 , interpuesto por EFMSA contra la misma Resolución del TDC aquí impugnada.

Como explica la Resolución impugnada, y con mayor amplitud la Propuesta Resolución del TDC, el mercado de los servicios mortuorios, que fue examinado con detalle en el Informe del TDC de concentración económica C85/04, comprende todo un conjunto de actividades que se desarrollan desde el fallecimiento de una persona hasta que recibe sepultura o es incinerada. Dentro de este mercado, puede precisarse más y distinguirse, a su vez, diversos conjuntos de servicios que pueden ser considerados como mercados relacionados:

- a) servicios funerarios, entre los que se encuentran el acondicionamiento de los cadáveres, amortajamiento, suministro de féretros, ataúdes, arcas y urnas, enferetramiento, servicios de coches fúnebres y organización del acto del entierro, suministro de flores y coronas, traslado de cadáveres fuera del término municipal y diligencias para el registro de la defunción y autorización de la sepultura.
- b) Servicios de tanatorio, que comprende el velatorio de los fallecidos en adecuadas condiciones higiénico-sanitarias, y las prácticas para el tratamiento de los cadáveres de conformidad con lo autorizado por las leyes.
- c) Servicios de cementerio, que son los realizados desde la descarga del féretro hasta el enterramiento, así como la reducción en nichos y en sepulturas. Se trata de un servicio público obligatorio que debe prestarse en todos los municipios, si bien cabe la competencia con la iniciativa privada.

Los mercados descritos de servicios funerarios, de tanatorio y de cementerio son de ámbito local.



El marco regulatorio de estos servicios estaba constituido principalmente por el Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, de Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, que liberalizó los servicios funerarios y suprimió su consideración como servicios esenciales reservados a las Entidades Locales. Dicen el artículo 22 y 23 del indicado RD Ley.

'Artículo 22. Liberalización de los servicios funerarios.

Se liberaliza la prestación de los servicios funerarios.

Sin perjuicio de lo anterior, los Ayuntamientos podrán someter a autorización la prestación de dichos servicios. La autorización tendrá carácter reglado, debiéndose precisar normativamente, de acuerdo con los criterios mínimos que, en su caso, fijen el Estado y las Comunidades Autónomas en desarrollo de sus competencias, los requisitos objetivos necesarios para obtenerla y se concederá a todo solicitante que reúna los requisitos exigidos y acredite disponer de los medios materiales necesarios para efectuar el transporte de cadáveres. Las normas que regulen los requisitos de las autorizaciones para la prestación de estos servicios no podrán establecer exigencias que desvirtúen la liberalización del sector.

Los prestadores de servicios funerarios que obtengan de cualquier Ayuntamiento la autorización a que hace referencia el párrafo anterior, conforme a los criterios en él expresados, podrán realizar en todo el territorio español la actividad asociada a sus funciones principales consistente en el traslado de cadáveres, cumpliendo en cada caso los requisitos establecidos en las normas de policía sanitaria mortuoria aplicables.'

Artículo 23. Modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local :

'Se modifica el apartado 3 del artículo 86, suprimiendo la mención «servicios mortuorios».'

Además, en el período de tiempo contemplado en el procedimiento administrativo sancionador, estaba vigente la Ordenanza Reguladora de los Servicios Funerarios, aprobada por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca el 24 de diciembre de 1996 (BOCAIB 18, de 11 de febrero, en folios 27 a 37 del expediente administrativo), que tenía por objeto la regulación de la actividad de los servicios funerarios en el término municipal, tras la liberalización llevada a cabo por el RDL 7/1996 citado.

El artículo 13 de la Ordenanza señalaba lo siguiente respecto de los servicios funerarios consistentes en el traslado de cadáveres de personas fallecidas en la ciudad de Palma de Mallorca:

'La prestación del servicio de recogida, conducción y traslado de cadáveres dentro del término municipal de Palma de Mallorca y desde este a otros lugares, solamente podrá realizarse por Empresa que cuente con las licencias de instalación y funcionamiento otorgadas por este Excmo. Ayuntamiento'

La Ordenanza fue objeto de recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación de Agencias Funerarias de Baleares y la empresa Pompas Fúnebres de Manacor, S.A., por considerar -entre otras razones- que la misma era contraria al propósito de liberalización de los servicios funerarios del RDL 7/1996, interviniendo en dicho recurso como partes codemandadas el Ayuntamiento de Palma de Mallorca y la Empresa Funeraria Municipal, S.A., y la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Baleares dictó sentencia, de fecha 14 de abril de 2000 (folios 171 a 179 del expediente administrativo), que estimó parcialmente el recurso y anuló la expresión '...y desde éste a otros lugares...' contenida en el artículo 13, antes transcrito.

Las razones de la anulación consistían en que, aunque el TSJ había calificado como 'rigurosas' las exigencias que la Ordenanza establecía para la concesión de autorizaciones por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca para prestar servicios funerarios (almacén de féretros con capacidad para almacenar un mínimo de 450, número mínimo de empleados, disponibilidad de tanatorios, etc), no consideró sin embargo que dichos requisitos contravinieran la liberalización, en la medida en que era razonable un alto grado de exigencia para las empresas que se establecieran en la capital, pero tal planteamiento no servía cuando se pretendía imponer esas mismas condiciones a empresas con establecimientos abiertos en municipios con población notablemente inferior, que se limitan a la recogida en Palma de Mallorca de un cadáver para ser trasladado a población distinta.

Mas tarde, a instancia de uno de los recurrentes, el TSJ dictó auto de 26 de febrero de 2001, en ejecución de sentencia. En dicho auto, y respondiendo a concretas alegaciones de los codemandados (Ayuntamiento de Palma de Mallorca y la Empresa Funeraria Municipal, S. A.), el TSJ de Baleares se planteó la cuestión, que incide de lleno en la materia objeto de este recurso, sobre si el derecho de las funerarias de localidades distintas a Palma de Mallorca, de recogida en dicha localidad de un cadáver para su traslado a otro municipio distinto, se limitaba en sentido estricto a la recogida del cadáver ya acondicionado, amortajado y enferetrado por la Empresa Funeraria Municipal o si, por el contrario, conllevaba la ejecución de tales actividades previas de acondicionamiento del cadáver.



La respuesta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Baleares a la anterior cuestión es muy clara y no deja lugar a dudas de que la recogida del cadáver que pueden llevar a cabo empresas de servicios funerarios de localidades distintas de Palma de Mallorca comprende el acondicionamiento sanitario, enferetramiento y demás actividades indispensables para que dicha recogida se efectúe en las condiciones sanitarias legalmente previstas.

Las razones del TSJ de Baleares se basan precisamente en la liberalización de los servicios funerarios efectuada por el RDL 7/1996 :

'La solución de la controversia debe hacerse (a) la vista de los mismos criterios que motivaron la sentencia que aquí se ejecuta. Estos criterios no son otros que eliminar todas aquellas interpretaciones que hagan estéril o ineficaz la liberalización de los servicios funerarios impuesta por el RDL 7/1996.

En consecuencia, el concepto 'recogida del cadáver' debe entenderse que comprende la 'recogida en condiciones que cumpla la normativa de policía mortuoria', es decir, incluye el acondicionamiento sanitario, enferetramiento y demás actividades indispensables para que la 'recogida' se efectúe (en las) condiciones sanitarias legalmente previstas. Poca o nula será la liberalización de los 'servicios funerarios' si para el caso que nos ocupa sólo sirve para liberalizar el simple 'transporte'.'

La anterior interpretación deriva de la ya indicada filosofía del RDL 7/1996 de liberalización de servicios funerarios y del hecho de que el acondicionamiento del cadáver no es sino un acto accesorio al de su recogida y traslado. La accesoriedad del acondicionamiento viene recogida en sentencias del T.S. como la de 17.06.1997 y 26.01.2000 .

Así por tanto, el Ayuntamiento de Palma de Mallorca y la Empresa Funeraria Municipal, S.A., partes demandadas en el anterior recurso contencioso administrativo, conocen desde las fechas de notificación de la sentencia de 14 de abril de 2000 y del auto de 26 de febrero de 2001, del TSJ de Baleares, que las actuaciones que llevaban a cabo las empresas de servicios funerarios de municipios distintos a Palma de Mallorca, de recogida de cadáveres de personas fallecidas en dicha localidad, para su traslado a otras localidades, que no precisaban de autorización del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, comprendían esas actividades accesorias de acondicionamiento del cadáver, y lo que es relevante a efectos de este recurso, el Ayuntamiento y la Empresa Funeraria Municipal conocían también, porque la sentencia del TSJ se ocupó de decirlo de forma expresa, que la negación de lo anterior hacía estéril e ineficaz la liberalización de los servicios funerarios impuesta por el RDL 7/1996 ."

Duodécimo.- En el fundamento jurídico sexto de la misma sentencia el tribunal de instancia, tras reproducir el contenido de las cartas que el Ayuntamiento de Palma de Mallorca había remitido a los centros sanitarios y residencias, justifica por qué concluye que se había producido el abuso de la posición de dominio sancionado. Lo hace en estos términos:

[...] La Sala considera que las anteriores cartas limitan la competencia en el mercado de servicios funerarios de la ciudad de Palma de Mallorca, pues obstaculizan y tratan de impedir las actuaciones que llevaban a cabo las empresas de servicios funerarios de municipios distintos a Palma de Mallorca, de recogida de cadáveres de personas fallecidas en dicha localidad, para su traslado a otras localidades.

La Sala coincide con la Resolución impugnada en que la remisión de esas cartas a todos los hospitales, clínicas y residencias de la ciudad de Palma de Mallorca, obedece al plan o persigue el propósito de favorecer a EFMSA, de forma que pueda mantener su posición de dominio en el mercado de los servicios funerarios de la ciudad.

En dicha conducta concurre, además, la circunstancia de que el Ayuntamiento conocía perfectamente la licitud de la actividad que trataba de impedir, porque sobre la misma se había pronunciado de forma expresa una sentencia y auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Baleares, que de manera terminante decían que la recogida del cadáver que pueden llevar a cabo empresas de servicios funerarios de localidades distintas de Palma de Mallorca, comprende el acondicionamiento sanitario, enferetramiento y demás actividades indispensables para que dicha recogida se efectúe en las condiciones sanitarias legalmente previstas.

Como decíamos en la sentencia dictada en el recurso 144/2009 , ya citada, en el período temporal a que se refiere el expediente administrativo, EFMSA gestionaba el único cementerio con crematorio y tanatorio existente en Palma de Mallorca, así como el cementerio privado de Bon Sosec en Marrtxi (municipio limítrofe a unos 20 km. de distancia) con crematorio y el único tanatorio de dicha localidad. Por tanto, en relación con los mercados diferenciados pero relacionados de servicios funerarios, de tanatorio y de cementerio, a que hacíamos antes referencia, EFMSA tiene posición de dominio -o de monopolio, para ser más precisos, al ser la única empresa oferente de servicios- en los mercados de servicios de cementerio en Palma de Mallorca y



Marratxi, y es la única empresa funeraria autorizada por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca en el mercado de servicios funerarios."

Decimotercero.- La crítica que en el tercer motivo de casación se hace a esta parte de la sentencia (esto es, a la contenida en sus fundamentos jurídico quinto y sexto) se despliega en un doble frente. La Corporación municipal discrepa, en primer lugar, del juicio de la Sala de instancia sobre la tipificación de la conducta (elemento objetivo) y, por otro lado, niega que en su actuación concurriera culpa (elemento subjetivo).

A) La censura "objetiva" en cuanto a la tipificación de los hechos en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia no puede ser acogida. La actuación municipal sobrepasó el mero ámbito "informativo" pues intimó a sus destinatarios a "tomar las medidas oportunas" para evitar la actuación de otros prestadores de servicios funerarios en Palma de Mallorca, y lo hizo precisamente para impedir la concurrencia de estos operadores con la empresa municipal que por entonces ostentaba una posición de dominio en aquel mercado.

La conducta municipal que censura la Sala de instancia no estaba amparada, antes al contrario, en las normas legales aplicables tras la liberalización de los servicios funerarios (de hecho, no hay una crítica fundada respecto de la aplicación que de ellas hace el tribunal de instancia) ni tampoco en los preceptos contenidos en su propia Ordenanza, una vez que el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares había anulado parte de ésta e interpretado el resto en los términos ya apuntados. Constituía, más bien, una infracción de unas y otros.

Si el Ayuntamiento de Palma de Mallorca se hubiera limitado a informar de la necesidad de obtener una autorización administrativa para que cualquier empresa pudiera prestar servicios funerarios, ningún reproche se le podría haber hecho pues la necesidad de licencia subsistía tras la aprobación del artículo 22 del Real Decreto-ley 7/1996 . Pero, como ya le indicó la Sala del Tribunal Superior de Justicia en las resoluciones (sentencia y auto) a las que se refiere la ahora impugnada, bastaba que las empresas tuvieran la autorización emitida por cualquier Ayuntamiento para que pudieran operar en el resto llevando a cabo el traslado de cadáveres (con las operaciones previas imprescindibles), sin que precisaran una licencia específica de instalación y funcionamiento otorgada precisamente por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca.

En sus comunicaciones a los hospitales, clínicas y residencias la Concejala de Sanidad fue más allá de la mera información y les requirió que impidieran parte de la legítima actividad (la relativa al acondicionamiento sanitario de los cadáveres y demás medidas indispensables para que su recogida y transporte se efectuara en las condiciones legalmente previstas del régimen de policía mortuoria) que podían realizar las empresas de servicios funerarios autorizadas en municipios distintos al de Palma de Mallorca, a fin de trasladar los cadáveres a otras localidades.

El Ayuntamiento de Palma de Mallorca venía a negar con ello, de modo expreso, y así lo imponía a los destinatarios de sus cartas, que las empresas autorizadas por municipios diferentes pudieran realizar en el término municipal de Palma de Mallorca servicios funerarios "que no consistan exclusivamente en el transporte de cadáveres", lo que era tanto como impedirles ejercer en plenitud sus actividades y, simétricamente, reservar éstas a la empresa propia que ostentaba la posición dominante. Lo cual basta para colmar el tipo de abuso que sanciona el artículo 6 de la Ley 16/1989 .

B) En cuanto a la supuesta falta de culpabilidad, el tribunal de instancia recordó, con acierto, que el Ayuntamiento de Palma de Mallorca no podía, tras haber sido parte en el recurso, desconocer la sentencia y el auto dictado por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares y que, "no obstante conocer dichos pronunciamientos judiciales y no obstante también su claridad", se dirigió a los directores de los centros hospitalarios y residencias exigiéndoles que impidiesen las mismas conductas de los competidores de EFMSA que el tribunal balear había declarado conformes a derecho. Para la Sala de instancia este hecho "no deja ningún resquicio a la duda sobre el conocimiento de la antijuridicidad de sus actos por la parte recurrente".

Frente a estas atinadas consideraciones, las que se exponen en la parte final del tercer motivo de casación carecen de peso argumental, limitadas como están o bien a repetir que la actuación del Ayuntamiento fue meramente informativa (y "sin ánimo subjetivo alguno de favorecer a nadie") o bien a afirmar que se llevó a cabo de "buena fe". Trata la Corporación Municipal de desvirtuar la "lectura" que la Sala hace de la cartas remitidas aduciendo que se trata de una "simple valoración subjetiva" de aquéllas.

Ninguna de estas afirmaciones puede ser compartida, vistos los hechos antecedentes y el contenido de las comunicaciones dirigidas por la Corporación Municipal que por sí mismas revelan su ánimo contrario al respeto de las normas legales cuya aplicación le había sido exigida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

Decimocuarto.- En el cuarto motivo de casación, de nuevo al amparo del artículo 88.1,d) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , sostiene la Corporación Municipal que la "administración demandada" (esto es, la Comisión



Nacional de la Competencia) incurrió en "arbitrariedad y desviación de poder". Respecto de este último vicio afirma que la "tortícera intencionalidad de la Administración demandada está en su propia actuación, por sancionar a una Administración Pública como si fuese la Coca Cola en connivencia con la X Cola (de su holding de empresas) cuando ello no es así".

El motivo está claramente desenfocado y sigue sin expresar, como bien le reprochó la sentencia de instancia, qué finalidad desviada, distinta de la de preservar la competencia, atribuye a la Comisión Nacional de la Competencia. Por lo demás, reitera las afirmaciones de los precedentes sobre la diferencia de personalidad jurídica entre el Ayuntamiento y su empresa municipal y sobre la imposibilidad de que los órganos de defensa de la competencia sancionen a una Administración Pública cuando actúa en el ejercicio de sus potestades administrativas. Concluye que "al confundir tan obvia cuestión también la sentencia recurrida incurre en el mismo defecto que la resolución impugnada".

Dado que al rechazar los motivos precedentes hemos considerado ajustada a Derecho la sentencia -y la previa decisión administrativa- es claro que no podemos acoger las imputaciones, infundadas, de arbitrariedad y desviación de poder que se formulan en éste.

Decimoquinto.- En el quinto y último motivo casacional, asimismo al amparo del artículo 88.1,d) de la Ley Jurisdiccional, se aduce la infracción del "principio de proporcionalidad."

Las consideraciones del tribunal de instancia a este respecto, frente a la correlativa alegación de la demanda, fueron las siguientes:

"[...] De forma subsidiaria alega la parte actora que la multa de 500.000 euros es excesiva, al infringir el principio de proporcionalidad, exponiendo como argumento la consideración de que bastaba a los otros agentes u operadores del mercado haber solicitado las oportunas autorizaciones administrativas para haber podido operar en el mercado.

Pero tal argumento no puede compartirse, porque ya se ha visto al examinar el contenido de las cartas remitidas por la Concejal de Sanidad del Ayuntamiento recurrente a los hospitales, clínicas y residencias de Palma de Mallorca, que la conducta objeto de sanción consistió en actos de obstaculización e impedimento de realizar servicios funerarios de recogida y transporte de cadáveres, con los actos que ello implica (acondicionamiento del cadáver, etc.), a empresas de servicios funerarios radicadas en localidades distintas de Palma de Mallorca, sin que lo decisivo de la conducta infractora sea la exigencia de que tales empresas cuenten o no con la licencia del correspondiente municipio, sino la exigencia explícita de la licencia del propio Ayuntamiento de Palma de Mallorca, que sin embargo no era necesaria para dicha actividad, según había resuelto la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Baleares, como conocía el Ayuntamiento recurrente.

No se exponen otros argumentos sobre la falta de proporcionalidad de la multa de 500.000 euros impuesta al Ayuntamiento recurrente, conjunta y solidariamente con EFMSA, por lo que la Sala no aprecia el defecto alegado, remitiéndose a las consideraciones que sobre este particular se efectúan en la sentencia de esta misma fecha, dictada en el recurso 144/2009, promovido por EFMSA."

Decimosexto.- El desarrollo argumental del quinto motivo de casación es muy breve y se contrae a repetir que tanto la Sala de instancia como la Comisión Nacional de la Competencia incurrieron en un error al interpretar el contenido de las cartas remitidas por la Concejal de Sanidad a los hospitales y residencias de Palma de Mallorca. No contiene ninguna alegación específica sobre la cuantía de la multa en relación con los criterios de graduación que establecen o bien el artículo 131 de la Ley 30/1992 o bien, para las sanciones en ella contempladas, el artículo 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. Y ni siquiera llega a expresar cuál sería, a su entender, la sanción aplicable por referencia a aquellos criterios (en la demanda al menos se proponía la de 30.050 euros).

Por su parte, la resolución impugnada en la instancia se remitía expresamente al artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia para decidir que, siendo sancionables las infracciones con multas de hasta 900.000 euros, que podían ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente a las empresas sancionadas, las circunstancias determinantes de la gradación de la multa consistían en este caso en "la modalidad y alcance de la infracción [...] se trata de una conducta muy grave; la dimensión del mercado afectado, que resulta ser la ciudad de Palma de Mallorca y el municipio de Marratxí; la duración de la restricción de la competencia, que al menos va de 2003 a 2007; que ha tenido el efecto de limitar la competencia sobre competidores reales y sobre consumidores al restringirles la oferta de servicios, y haber sido realizada por una empresa con posición de dominio."

Ninguna de estas circunstancias, repetimos, en cuya virtud la Sala consideró proporcionada la sanción, es objeto de contradicción o crítica en el motivo, sin que se expongan en él -fuera de las afirmaciones ya citadas,



que afectarían no tanto a la sanción de 500.000 euros sino a la tipificación de la conducta- razones específicas sobre su falta de proporcionalidad. Formulado en estos términos, el motivo ha de ser desestimado.

Decimoséptimo .- Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional . A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cuatro mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte contraria.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso de casación **3282/2010** interpuesto por Ayuntamiento de Palma de Mallorca contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 31 de marzo de 2010 en el recurso número 154 de 2009 .

Segundo.- Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.