

**T . S . J . EXTREMADURA SALA CON/AD
CACERES**

SENTENCIA: 00057/2014

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados del margen, en nombre de S. M. el Rey ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N° 57

PRESIDENTE :

DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS

MAGISTRADOS

D^a ELENA MENDEZ CANSECO

DON MERCENARIO VILLALBA LAVA

DON CASIANO ROJAS POZO

DON JOSE MARIA SEGURA GRAU/

En Cáceres a veintiocho de Enero de dos mil catorce.-

Visto el recurso contencioso administrativo n° **289** de **2012**, promovido por el/la Procurador/a D/D^a Luis Gutierrez Lozano en nombre y representación del recurrente **AGENCIA FUNERARIA FUNEDUR S.L** siendo demandada **LA JUNTA DE EXTREMADURA**, representada y defendida por el Letrado de la Junta de Extremadura y como parte codemanda **TANATORIO SIERRA DE SAN PEDRO S.L** representado por la procuradora Doña Lourdes Álvarez García; recurso que versa sobre: Resolución, de 03/02/2012, del JURADO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE EXTREMADURA (en adelante JDC) que resuelve "*Declarar que no concurre la existencia de prácticas prohibidas por parte de la mercantil TANATORIO SIERRA DE SAN PEDRO, S.L.(que explota el único tanatorio de Valencia de Alcántara), por infracción del artículo 2.2. a) y c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al no quedar acreditado que citada mercantil ostente posición de dominio en el mercado relevante delimitado*".

Cuántia: Indeterminada

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó escrito mediante el cual interesaba se tuviera por interpuesto recurso

contencioso administrativo contra el acto que ha quedado reflejado en el encabezamiento de esta sentencia.-

SEGUNDO.- Seguido que fue el recurso por sus trámites, se entregó el expediente administrativo a la representación de la parte actora para que formulara la demanda, lo que hizo seguidamente dentro del plazo, sentando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminando suplicando se dictara una sentencia por la que se estime el recurso, con imposición de costas a la demandada; dado traslado de la demanda a la parte demandada de la Administración para que la contestase, evacuó dicho trámite interesando se dictara una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.-

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba, se admitieron y practicaron todas las propuestas, obrando en los ramos separados de las partes, declarándose concluso este periodo, se pasó al de conclusiones, donde las partes evacuaron por su orden interesando cada una de ellas se dictara sentencia de conformidad a lo solicitado en el suplico de sus escritos de demanda y de contestación a la misma, señalándose seguidamente día para la votación y fallo del presente recurso, que se llevó a efecto en el fijado.-

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

Siendo Ponente para este trámite el Iltmo. Sr. Magistrado **DON CASIANO ROJAS POZO.**-

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO.- Se somete a la consideración de la Sala en esta ocasión la Resolución, de 03/02/2012, del JURADO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE EXTREMADURA (en adelante JDC) que resuelve "*Declarar que no concurre la existencia de prácticas prohibidas por parte de la mercantil TANATORIO SIERRA DE SAN PEDRO, S.L.* (que explota el único tanatorio de Valencia de Alcántara), por infracción del artículo 2.2. a) y c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al no quedar acreditado que citada mercantil ostente posición de dominio en el mercado relevante delimitado". El expediente se inicia por denuncia de la empresa AGENCIA FUNERARIA FUNEDUR, S.L., que explota el TANATORIO SAN MATEO sito en la localidad de Alburquerque.

La determinación de si ha existido a no abuso de posición de dominio o privilegiada exige, como es pacífico tras muchas **Sentencias del TJUE (por todas la de 24/05/2012, Asunto T-111/08)**, seguir tres pasos sucesivos: determinación del mercado relevante (tanto respecto del producto como de su ámbito geográfico), disponer en ese mercado relevante de

posición de dominio y, finalmente, determinar si las conductas denunciadas merecen el calificativo de abusivas.

La Resolución cuestionada se queda en el segundo paso, pues entiende que no existe posición de dominio por parte de la empresa denunciada, en el mercado relevante que previamente ha acotado.

Este mercado relevante acotado por el JDC no es cuestionado por la hoy recurrente respecto del mercado de producto (la prestación del servicio de velatorio como independiente del resto de los servicios mortuorios, pues es a él al que, exclusivamente, afecta la conducta denunciada como abusiva), pero sí en cuanto al mercado geográfico de referencia.

El JDC entiende que el mercado geográfico de referencia es el delimitado por un círculo cuyo centro es la localidad de Valencia de Alcántara (donde la empresa denunciada tiene el único velatorio existente en la localidad) y un radio de 40 Kilómetros en torno a la misma, incluyendo en él las localidades de Alburquerque y Santiago de Alcántara (recordemos que la empresa denunciante explota un tanatorio en la localidad de Alburquerque). A la fecha de la denuncia no existían servicios de salas de velatorio en ninguna otra localidad incluida en ese círculo, aunque escasos días después entró en funcionamiento uno en La Codosera y existían actuaciones tendentes a la construcción y explotación de sendos tanatorios/salas de vela en la localidad de Valencia de Alcántara (el denunciante) y en San Vicente de Alcántara (la denunciada).

Para el JDC el elemento tenido en cuenta a la hora de fijar ese mercado geográfico de referencia ha sido, en base a lo que considera doctrina consolidada del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia, **el coste no excesivo en tiempo de desplazamiento para velar un cadáver**. En palabras textuales *"que la imposibilidad de velar a un fallecido en alguno de los tanatorios existentes, mucho más si entran en funcionamiento como parece otras salas de vela (en) esa misma zona geográfica, no supone una traba insalvable que les impida acceder al servicio de vela en otras instalaciones alternativas, ya que para ello no sería necesario hacer un largo desplazamiento o que éste conllevara un tiempo de traslado excesivo"*

La demanda rectora de estos autos entiende que esa delimitación geográfica del mercado de los servicios de alquiler de salas de velatorios es, a los efectos de determinar si existe o no posición de dominio, incorrecta "en el contexto rural extremeño". Por utilizar las propias palabras de la demanda *"Es del todo impensable que en materia de alquiler de salas de velatorio para el consumidor del término municipal de Valencia de Alcántara resulten sustituibles en términos de competencia contratar este servicio con el Tanatorio Sierra de San Pedro, sito en Valencia de Alcántara o con el Tanatorio San Mateo, sito en Alburquerque"*. Y sigue diciendo que *"El consumidor residente en*

cualquier localidad extremeña que contrata este servicio no se plantea en modo alguno velar el cadáver de su ser querido en otro lugar que no sea el del lugar más próximo a donde reside su familia, donde va a tener lugar el sepelio" y que "Si, además, nos detenemos a considerar que el momento de contratar el servicio de sala de velatorio tiene lugar, por lo general, en las dos horas siguientes a la muerte de un ser querido, ni por asomo va a considerar contratar con otro Tanatorio que no sea el más próximo a su lugar de residencia...En las dos horas siguientes al fallecimiento ni siquiera se va a tomar en consideración una alternativa de este tipo y menos por un motivo económico. A lo más, todavía en los tiempos que corren, en el ámbito rural, se podrá plantear la disyuntiva entre velar el cadáver en el propio domicilio o en la sala de velatorio más próxima. Pero no obligar a un desplazamiento de 37 Kilómetros, ni a sus dolidos y cansados parientes cercano, ni a las personas que se espera que acudan a confortarlos". En conclusión, para la actora no se dan, en el contexto socioeconómico en que nos movemos, las **circunstancias de sustituibilidad** para el consumidor que permitan sostener que el Tanatorio San Mateo, sito en Alburquerque, y el Tanatorio Sierra de San Pedro, sito en Valencia de Alcántara, puedan competir entre sí en términos de mercado.

La empresa denunciada, que se muestra evidentemente conforme con la delimitación geográfica realizada por el JDC, comienza su exposición sobre este concreto aspecto destacando que la decisión se adopta "tras una intensa investigación" (se refiere a la decisión de devolución del expediente al órgano instructor para la realización de actuaciones complementarias), lo que permitió al JDC resolver el expediente con conocimiento de causa y en atención tanto a la doctrina de la CNC como de la Comisión Europea, en particular a lo dispuesto en la **Comunicación sobre definición del mercado de referencia (DOUE nº C 372 de 09/12/1997)**. Señala que expresamente el JDC hace constar en su resolución que se han tenido en cuenta las "peculiaridades de Valencia de Alcántara y localidades cercanas a la misma, todas ellas de características rurales y con una red de comunicaciones nacional, autonómica y local", con lo que no es cierto que no haya tenido en cuenta el contexto rural extremeño y que se haya aplicado miméticamente una doctrina generada a raíz de un conflicto similar en el ámbito geográfico de Madrid y su alrededores. Ha sido, a su juicio, una decisión con "un eminente carácter técnico y su valor no puede verse menoscabado por las opiniones que pueda tener el recurrente (véanse las pp. 18 y ss. del escrito de demanda) sobre lo que una determinada persona pueda pensar a la hora de contratar un servicio de tanatorio. La apreciación del Jurado se basa en que en la zona descrita las condiciones de competencia son homogéneas en el sentido de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia".

SEGUNDO.- Planteado de esta manera este primer punto del conflicto, debemos acudir a la mencionada Comunicación para determinar si la delimitación del mercado geográfico ha sido o no correcta, teniendo en cuenta que a la fecha de la denuncia sólo existían dos únicas localidades que contaban con sala de velatorio (Valencia de Alcántara y Alburquerque), que poco después se incorporó la de La Codosera, que el Ayuntamiento de Santiago de Alcántara adjudicó el contrato de gestión del servicio de sala de velatorio por resolución de fecha 19/08/2011 a la empresa Serfátima y que en la resolución del JDC se menciona que tanto la denunciante como la denunciada habían obtenido subvenciones para construir salas de vela en las localidades de Valencia de Alcántara (la denunciante) y en la de San Vicente de Alcántara (la denunciada), y que al día de hoy están en funcionamiento, según se constata en internet.

Pues bien, a juicio de la Sala, estamos ante **un mercado geográfico eminentemente local**, que se debe circunscribir a cada localidad (que disponga de suficiente población como para ser rentable económicamente para las empresas del sector). Y llegamos a esta conclusión por las siguientes razones:

a) En primer lugar, por el propio proceso de implantación del servicio en cuestión, que queda reflejado en el párrafo anterior, donde se comprueba que todas las localidades importantes, desde el punto de vista poblacional, tiene en la actualidad servicio de sala de veladores, lo que no se compadece bien con la tesis del JDC de que, en base al escaso tiempo de desplazamiento, sean sustituibles para el consumidor tales servicios independientemente de la localidad en que se presten, teniendo en cuenta la localidad de residencia del fallecido.

b) En modo alguno podemos compartir que exista sustituibilidad de la demanda entre el servicio de velatorio sito en Valencia de Alcántara y el de Alburquerque. Y ello como resultado del ejercicio mental que nos recomienda la Comunicación, pues no creemos que los vecinos de Valencia de Alcántara estuvieran dispuestos a velar el cadáver de su familiar en la sala de velatorios de Alburquerque, para luego enterrarlo en el lugar de su residencia, pese a que la empresa denunciada subiera los precios de forma moderada (entre el 5% y el 10%) y permanente. De otra forma, pensamos que a dicha empresa le resultaría rentable dicho incremento pese a la hipotética reducción de contrataciones a favor de la empresa que explota la sala de velatorios de Alburquerque como consecuencia del mismo.

c) Los cuadros resumen sobre servicios prestados por ambas empresas, que constan en la resolución del JDC (deducidos de los Libros de Registro y de los Libros de Control Funerario), confirman, a nuestro juicio, el carácter local del mercado de sala de velatorios. En efecto, en el de la sala de velatorio San Mateo-Funedur (Alburquerque) aparece que en el año 2010 de los 61 servicios de velatorios realizados, 59 fueron de velados con destino a esa localidad y uno sólo a la localidad de Valencia de Alcántara. Y en la sala de velatorios de Sierra de San Pedro S.L., en Valencia de Alcántara, de los 65

servicios contratados, ninguno de ellos tuvo con destino de enterramiento Alburquerque. Por tanto, la distribución de cuota de mercado es claramente local.

d) Finalmente, compartimos que los hábitos de los consumidores de estos servicios, "en el contexto rural extremeño" son los expuestos en la demanda, y llevan igualmente a la consideración de que nos encontramos con un mercado marcadamente local. Y para ello volvemos a hacer el ejercicio teórico de sustitución que resulta de una variación de precios relativa, resultando una respuesta negativa a la pregunta de si los consumidores de Valencia de Alcántara se irían a velar a sus familiares a Alburquerque aunque la empresa sita en esta localidad rebaje moderadamente los precios del servicio.

Por tanto, no aceptamos el mercado geográfico decidido por el JDC, que se basa en un exclusivo e insuficiente criterio de coste en tiempo de desplazamiento. A juicio de la Sala ello supone un error manifiesto, que justifica la decisión de revocar en este extremo la Resolución impugnada.

Una última precisión es necesario realizar. La determinación del carácter local del servicio no significa dejar de reconocer que no todos y cada uno de las localidades existentes en el círculo delimitado pueden tener servicio de vela, y que, por tanto, para los vecinos de alguna de ellas puede ser sustituible la demanda y le dé lo mismo acudir al tanatorio de Alburquerque o de Valencia de Alcántara. Pero es que ello tiene justificación en la muy escasa población de dichas localidades, que si exceptuamos las que disponen actualmente de tal servicio, no suman entre todas ellas (son 11) más de 2.200 habitantes, es decir, una media de unos 200 habitantes por localidad (en realidad 7 de ellas tiene menos de 164 vecinos). Estos datos los hemos obtenido de internet.

TERCERO.- Sentado ello, el siguiente paso es determinar si, delimitado el mercado relevante de la forma expuesta, la empresa denunciada ocupa en dicho mercado una posición de dominio.

La Resolución del JDC considera que no, en base a la existencia de al menos otro operador en el mercado relevante a la fecha de la denuncia (y otro operativo muy poco después), a la consideración que estamos ante un servicio sustituible en una u otra sala de vela, en que entiende que estamos ante un mercado claramente contestable (demostrado por la instalación de servicios de vela en las principales localidades del ámbito geográfico analizado) y, en fin, en que no existe obstáculo alguno para que otro competidor potencial pueda establecerse en la localidad de Valencia de Alcántara, como efectivamente ha ocurrido con la propia empresa denunciante al momento de dictar esta resolución.

La Instructora del expediente entiende, en su propuesta de resolución, que la respuesta es positiva. Parte para ello de considerar que la empresa denunciada es la única que presta los servicios de velatorio en el mercado geográfico relevante

(el mismo que el definitivamente establecido por el JDC menos las localidades de Alburquerque y Santiago de Alcántara), careciendo por ello de presión competitiva real alguna (a fecha 14 de septiembre de 2011 un certificado del Ayuntamiento acredita que no se había solicitado licencia o autorización para instalar en dicha localidad otro tanatorio); que los Libros Registros de ambas empresas demuestran que la demanda de Valencia de Alcántara y su zona de influencia es cubierta por el tanatorio de la denunciada; que no tiene presión competitiva en el mercado de referencia al carecer la demanda de poder de negociación por las características particulares de la misma en este tipo de servicios (demanda necesaria, reactiva, forzosa, local, temporal, sin información y cuasi inelástica). No concede trascendencia a estos efectos a "las presiones que pudiera ejercer una entrada de competidores potenciales", pese a aceptar que no existen barreras de entrada a la instalación de otro tanatorio en la misma localidad y parece compensar la subvención concedida a la empresa denunciante, para instalarse en Valencia de Alcántara, con la percibida por la empresa denunciada para abrir una nueva sala de velatorio en la cercana San Vicente de Alcántara.

La demanda rectora de estos autos considera evidente la existencia de posición de dominio, si bien fundamenta su planteamiento, exclusivamente, en la inexistencia de competidores, al menos en la fecha en la que se realizaron las prácticas prohibidas. No obstante, y respecto del argumento de ausencia de presiones a la entrada de su empresa como competidor potencial en la localidad de Valencia de Alcántara, muy de soslayo menciona que *"se hace preciso un fuerte esfuerzo inversor seriamente reñido con las posibilidades de liquidez de las empresa en general"*

La empresa denunciada, que defiende el criterio del JDC, resume que éste llegó a su conclusión en esencia porque (i) la cuota de mercado era reducida, tanto por la presencia en el mercado de la empresa denunciante, con una cuota de mercado semejante, como por la presencia de otras empresas que prestaban los mismos servicios y (2) estamos en presencia de un mercado claramente contestable debido a la presencia de tanatorios competidores, a la posibilidad real de que nuevos tanatorios fueran a iniciar su actividad en un futuro próximo y a la ausencia de barreras de entrada para construir un tanatorio en Valencia de Alcántara.

Pues bien, a juicio de la Sala y una vez que hemos considerado que el mercado relevante es estrictamente local, estamos ante una clara y contundente posición de dominio de la empresa denunciada. Y ello por ser la única empresa que presta el servicio (**STJCE de 13/02/1979, Asunto Hoffmann-La Roche**), por tener la casi totalidad de la cuota de mercado de los servicios de velatorios efectuados (**STJUE 30/01/2007, Asunto T-340/03**), por no estar en presencia de un servicio sustituible en términos de demanda, tal y como hemos razonado anteriormente, y por las propias características de la

demanda, que como bien dice la Instructora del expediente, es "necesaria, reactiva, forzosa, local, temporal, sin información y cuasi inelástica" (La **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia** -en adelante CNC- **SAMAD/12/10, TANATORIOS COSLADA** dice que "El mercado de servicios funerarios en España se caracteriza, desde el punto de vista de la demanda, por ser estable, forzoso o de primera necesidad, ocasional, urgente y local").

Sólo ha generado cierta duda a la Sala la cuestión relativa a la ausencia de barreras a la implantación de competidores potenciales. Pero a nuestro juicio existen barreras legales que, al menos temporalmente, han posibilitado una contundente posición de dominio. Nos referimos al régimen de autorizaciones legalmente vigentes para el establecimiento de este tipo de servicios que se contiene, en el ámbito autonómico, en el **Decreto 161/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria**, en cuyo **artículo 14** establece que "La autorización de los *Proyectos de construcción, modificación y supresión de Tanatorios y Velatorios, que deberá ajustarse al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 11 y 13 respectivamente de este Reglamento, será otorgada por la autoridad municipal, previo informes preceptivos y vinculantes de la Comisión de Actividades Clasificadas, y de la Consejería de Sanidad y Consumo. A tal efecto, el Ayuntamiento correspondiente, deberá remitir copia del proyecto técnico a la Dirección General de Salud Pública y a la citada Comisión*". Y tampoco son descartables las que podríamos denominar barreras fundadas en las condiciones de costos, a los que se refiere la demanda muy tangencialmente, puesto que la mencionada normativa autonómica establece una serie de instalaciones mínimas imprescindibles, englobadas en su correspondiente Proyecto Técnico, que no son fáciles de asumir por una empresa que prácticamente acababa de comenzar su andadura comercial en el sector (la empresa denunciante AGENCIA FUNERARIA FUNEDUR SL se constituyó en el año 2009 y las conductas abusivas denunciadas tiene lugar escasos meses después, todo lo cual era perfectamente conocido por los socios de la empresa denunciada, dada la relaciones personales y profesionales existentes por la explotación conjunta de la actividad de servicios funerarios a través de la sociedad civil BIRLANGA DURÁN SC.). A este respecto el **artículo 13 del Decreto 161/2002** exige para la instalación de una sala de velatorio: "**a) Ubicación:** Será en edificio exclusivo para uso funerario y actividades afines o complementarias que sirvan para la mejor prestación del servicio. En estas instalaciones también podrán ubicarse las oficinas y sedes sociales de la empresa prestadora del mismo con todos sus servicios empresariales, siempre que estos no afecten negativamente en la prestación del servicio.

d) Zona destinada a la exposición de cadáveres, que constará de dos áreas incomunicadas entre sí: una para la exposición de

cadáveres y la otra para el público. La separación entre ambas se hará mediante una cristalera lo suficientemente amplia que permita la visión directa del cadáver por el público”.

El área destinada a exposición del cadáver contará con refrigeración para asegurar una temperatura entre 2 y 5 grados centígrados, y dispondrá de un termómetro indicador visible desde el exterior”.

Para completar este razonamiento (y en realidad todo lo expuesto hasta ahora), donde fundamentamos nuestra decisión de considerar que la empresa denunciada tenía posición de dominio, nada mejor que transcribir un párrafo de la mencionada **Resolución de la CNC de 04/10/2013 (SAMAD/12/10 TANATORIOS COSLADA)**, que afirma que “El hecho de que la oferta y demanda de los servicios funerarios sea eminentemente local, unido a la importancia que junto a la actividad principal del enferetramiento y traslado del cadáver supone facilitar una sala velatorio en la localidad del difunto, y a que el velatorio en el domicilio particular no es una opción razonable como bien sustitutivo, revisten al tanatorio de Coslada de una posición de dominio en el desarrollo de la actividad de los servicios de tanatorio en esa localidad”.

CUARTO.- Llegados a este punto, debemos abordar si los hechos denunciados, cuya acreditación a lo largo del expediente administrativo es contundente, constituyen abuso de posición de dominio, conforme a lo establecido en el artículo 2.2, apartados a) y c) de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

Como ya sabemos el JDC no entra en esta cuestión al entender que no existía el presupuesto previo de la existencia de posición de dominio.

La Instructora del expediente considera, en base a un muy fundamentado informe, que “ha quedado acreditado que Tanatorio Sierra de San Pedro S.L. desde enero de 2009 ha abusado de su posición de dominio en el mercado de servicios de velatorio en el municipio de Valencia de Alcántara y su zona de influencia, realizando conductas consideradas prohibidas consistentes, de un lado, en la imposición de precios abusivos y discriminatorios en el servicio de velatorio cuando éste se contrata independientemente de otros servicios fúnebres, y de otro la negativa a prestar dicho servicio de forma independiente, ni a particulares ni a otras funerarias, restringiendo la competencia del resto de empresas que prestan servicios funerarios dentro de la misma zona geográfica y causando un perjuicio a los consumidores que venían obligados a contratar todos los servicios fúnebres con el Tanatorio a fin de poder hacer uso del mismo”.

La demanda rectora de estos autos se adhiere plenamente a la propuesta de resolución de la Instructora, suplicando que *"se anule la resolución impugnada ordenando dictar otra por la que se imponga a TANATORIO SIERRA DE SAN PEDRO S.L. la sanción económica que proceda y se le ordene la cesación de las prácticas y conductas denunciadas"*. Esto es, que si consideremos que han existido conductas abusivas de posición de dominio lo declaramos así, y, anulando la resolución del JDC, le devolvamos el asunto para que imponga la sanción que proceda y ordene la cesación de las prácticas abusivas.

La empresa denunciada entiende, en primer lugar, que dado que la Resolución del JDC no entró a valorar si se produjo o no práctica abusiva, la Sala no podrá entrar a hacer esta valoración, *"pues ello supondría entrar a determinar el contenido discrecional del acto anulado, lo que resulta vedado por el artículo 71.2 LJCA. Además, entrar a valorar esta cuestión supondría exceder los límites sobre el conocimiento de un asunto fijados para esta jurisdicción revisora"*.

La Sala entiende, por el contrario, que no existe obstáculo alguno para ello, si bien no podremos fijar la sanción por habérsenos pedido expresamente en el suplico que la misma (y las medidas correctoras) sean impuestas por el JDC, amén de lo que luego argumentaremos sobre la falta de legitimación. En cualquier caso la alegación de determinación del contenido discrecional sólo podría aplicarse a la fijación de la cuantía concreta de la sanción o a la orden de cesación de las conductas prohibidas, pero nunca a la determinación de si existió o no conducta abusiva, cuestión ésta que en modo alguno está sometida a la discrecionalidad de la Administración. Por lo demás, el planteamiento de la demandada supone olvidar que esta jurisdicción no es meramente revisora sino de plena jurisdicción, no teniendo sentido alguno que llegados hasta aquí, con plenitud de debate contradictorio y probatorio, debamos devolver el asunto al JDC para que concluya lo que no terminó, incorrectamente a nuestro juicio, y que posteriormente el asunto pueda volver de nuevo a nosotros en virtud de nuevo recurso. Y todo ello sin perjuicio de lo que acordamos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

QUINTO.- El primer conjunto de argumentos exculpatórios de la empresa denunciada (los expuestos en los apartados 2.3, 2.4 y 2.5) se resumen en determinar si los tanatorios son *"instalaciones esenciales"*.

La consideración de los tanatorios como instalación esencial en casos como el que nos ocupa (sala de veladores como paso intermedio entre el fallecimiento y la inhumación) es incuestionable a juicio de la Sala. Y esa misma es la

opinión de la CNC en la mencionada **Resolución04/10/2013 (SAMAD/12/10 TANATORIOS COSLADA)**, donde podemos leer que "Además conforme con la doctrina y jurisprudencia comunitaria relativa a los presupuestos que deben concurrir para que en aplicación del artículo 2 de la LDC (o art. 102 TFUE) las negativas de suministro pueden generar problemas de competencia cuando la empresa dominante que deniega el acceso a su instalación compite con el operador solicitante en el mercado para el cual el insumo denegado es necesario para prestar el servicio por el operador al que se le deniega, como sucede en el caso presente. Y es que debe notarse que la utilización de los tanatorios, como instalación esencial, se encuentra íntimamente ligada al mercado de servicios funerarios, por lo que la denegación del servicio de tanatorio puede eliminar la competencia en este mercado, sin que exista justificación objetiva para ello y siendo el uso de tanatorio indispensable para el ejercicio de dicha actividad al no haber ninguna alternativa real ni potencial. Todo ello pone de manifiesto que MÉMORA ha abusado de su posición dominante en el término municipal de Coslada. Con ello, atendiendo a la liberalización del sector operada por el artículo 22 del Decreto -Ley 7/1996, de 7 de junio, que en la nueva redacción contenida en el artículo 23 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre de reformas para el impulso de la productividad establece que "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", tanto las empresas competidoras como los familiares demandantes de los servicios funerarios, se han visto privados de los beneficios producidos por la dinámica competitiva pretendida por el legislador".

Este carácter de "esencial" se plasma también en numerosas Sentencias de la Audiencia Nacional, como la **SAN de 05/03/2009, rec 8/2008**, que niega la consideración de instalación esencial cuando existen varios tanatorios y unos y otros compiten entre sí, con lo que a "sensu contrario" el Tanatorio que nos ocupa era esencial, lo mismo que el de Coslada en la Resolución transcrita parcialmente. Y en el mismo sentido la **SAN de 09/07/2009, rec 510/2007** (sería esencial si se prueba, como es el caso, que no había alternativas reales o potenciales de velar en otro tanatorio) o la **SAN de 28/01/2009, rec. 69/2008**.

En cuanto al argumento de que la política de precios está justificada objetivamente (apartado 2.6 de la contestación) la Sala no puede sino corroborar el planteamiento de la Jefa del Servicio Instructor de Defensa de la Competencia, que rebate, punto por punto, el dictamen emitido por economista a

instancias de la empresa denunciada. Tal vez sea preciso recordar ahora que, en caso como el que nos ocupa, de existencia de dos informes técnicos contradictorios, debe primar, salvo error contrastado, el emitido por órgano imparcial sobre el que tiene su origen en un encargo particular del interesado.

Por tanto, hay que concluir que la denunciada ha incurrido en la conducta abusiva prevista en la letra a) del artículo 2.2 de la LDC (*"imposición de forma directa o indirecta de precios y otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos"*), puesto que ha quedado acreditado que los distintos precios establecidos para el alquiler de las salas de velatorio, cuando dicho servicio se contrata conjuntamente con otros servicios funerarios y cuando se contrata individualmente, no obedece a una estructura de costes diferentes, sino a una política de precios que prima la contratación conjunta frente a la contratación individual, con el único objetivo de perjudicar a la competencia y, en definitiva, a los potenciales clientes, ya que la enorme diferencia de precio condicionará necesariamente su decisión de contratar el conjunto de servicios que conlleva la muerte de una persona.

Y también se ha incurrido en la conducta abusiva prevista en la letra c) del mencionado precepto (*"La negativa injustificada a satisfacer las demandas de prestación del servicio de velatorio"*), como constata, con claridad, el comunicado de fecha 8 de marzo de 2010 expuesto en sus instalaciones. Y para justificar esta conclusión qué mejor que transcribir parte de la Resolución TANATORIOS COSLADA, donde se enjuicia exactamente esta conducta y respecto de la negativa a prestar idéntico servicio. Razona así: *"TERCERO.- La calificación de la conducta. El Consejo debe determinar si la conducta imputada constituye una infracción del artículo 2.2 c) de la LDC como propone el SDCM y si la imputada es culpable y, por lo tanto, merecedora de una sanción o si, como propone el SDCM, no existe culpabilidad en su conducta. Para ello ha tomado en consideración la totalidad de la documentación que forma parte del expediente administrativo y que por parte de la imputada y el resto de interesados no se han presentado alegaciones El artículo 2 de la LDC establece: "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: c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios." De esta manera, para que una conducta sea susceptible de ser declarada infracción por abuso de posición de dominio, se requiere que existan indicios suficientes y racionales que evidencien que la conducta haya sido realizada desde una posición de dominio en el mercado relevante y que además sea abusiva. La jurisprudencia comunitaria y nacional conceptúa la posición de*

dominio como una posición de poder económico en un mercado determinado que permite al operador que la ostenta obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en la medida en que puede comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores (STJCE, de 14 de febrero de 1978, As. 27/76, UnitedBrands). En su Resolución de 20 de mayo de 2013, Expte. SA MUR/5DC11AD014 ATAUDES, Fundamento de Derecho Tercero, este Consejo recordaba que: "En anteriores ocasiones el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y la actual CNC se ha pronunciado sobre la no existencia de posiciones de dominio en municipios que cuentan con más de un Tanatorio ofreciendo sus servicios. También se ha pronunciado en el sentido de que aun cuando solo hubiera uno, la condición de instalación esencial se valorará dependiendo del servicio requerido, no siendo el tanatorio una instalación esencial a efectos de poder dejar un ramo de flores para el difunto, pero pudiendo serlo para dar servicio por ejemplo a situaciones de tránsito". En el asunto que nos ocupa, MÉMORA es la concesionaria de la única instalación de tanatorio que existe en Coslada, ostentando pues una posición de dominio en el mercado de referencia, el de servicios de tanatorio en el término municipal de Coslada. Así pues, acreditada la posición dominante en el mercado relevante considerado, la siguiente cuestión a dilucidar en esta Resolución es si MÉMORA ha transgredido el citado artículo 2 de la LDC abusando de su posición. Es sabido, en este sentido, que los operadores que ostentan dicha situación preeminente en los mercados, tienen que esmerarse en el cumplimiento cabal de las normas que garantizan una competencia efectiva y suficiente sin poner trabas artificiales a los competidores. En el caso que aquí concurre MÉMORA no solo opera en el mercado de tanatorios, donde tiene posición de dominio en este mercado de Coslada, sino que también está presente en el de servicios funerarios, y en este compite con otros operadores. Puede por tanto, con su conducta en el mercado de servicios de tanatorios en Coslada, afectar a las condiciones de competencia en el mercado de los servicios funerarios, como así se desprende de los hechos acreditados en este expediente. Según ella misma reconoce, MÉMORA deniega por sistema el alquiler de salas del tanatorio a aquellas compañías de servicios funerarios competidoras que pretenden alquilar los servicios de tanatorio en el municipio de Coslada basándose en que carecen de autorización municipal para ello en dicho municipio o en aquel en el que contratasen el servicio. En este expediente han quedado acreditadas y recogidas estas negativas, que, por otro lado, forman parte de la política general de la empresa, por lo que no es discutible que MÉMORA haya denegado injustificadamente el acceso al tanatorio, no solo a la empresa denunciante, sino a otras empresas dedicadas a la prestación de servicios funerarios, en un sector que se encuentra liberalizado y en el que no existe alternativa de tanatorio en el municipio de Coslada (3.1 y 3.2 HA). Además conforme con la doctrina y jurisprudencia

comunitaria relativa a los presupuestos que deben concurrir para que en aplicación del artículo 2 de la LDC (o art. 102 TFUE) las negativas de suministro pueden generar problemas de competencia cuando la empresa dominante que deniega el acceso a su instalación compite con el operador solicitante en el mercado para el cual el insumo denegado es necesario para prestar el servicio por el operador al que se le deniega, como sucede en el caso presente. Y es que debe notarse que la utilización de los tanatorios, como instalación esencial, se encuentra íntimamente ligada al mercado de servicios funerarios, por lo que la denegación del servicio de tanatorio puede eliminar la competencia en este mercado, sin que exista justificación objetiva para ello y siendo el uso de tanatorio indispensable para el ejercicio de dicha actividad al no haber ninguna alternativa real ni potencial. Todo ello pone de manifiesto que MÉMORA ha abusado de su posición dominante en el término municipal de Coslada. Con ello, atendiendo a la liberalización del sector operada por el artículo 22 del Decreto -Ley 7/1996, de 7 de junio, que en la nueva redacción contenida en el artículo 23 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre de reformas para el impulso de la productividad establece que "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", tanto las empresas competidoras como los familiares demandantes de los servicios funerarios, se han visto privados de los beneficios producidos por la dinámica competitiva pretendida por el legislador. Por todo, este Consejo comparte con la propuesta del SDCM que MÉMORA ha vulnerado el artículo 2.2 c) de la LDC al no facilitar, tal y como ella misma reconoce, la salas del tanatorio del que es concesionaria a empresas de servicios funerarios que habían captado el servicio en Coslada sin disponer de licencia para la prestación del servicio en ese municipio o empresas que habían captado el servicio en municipios distintos de aquel en el que tuvieran licencia, y ello sin que exista justificación objetiva".

Por lo demás, no queda ninguna duda a la Sala que las conductas abusivas han sido implementadas con plena conciencia de que lo eran, y que con ellas se estaba perjudicando al resto de competidores, y, muy especialmente, a la empresa denunciante, con la que mantenía un conflicto derivado de la disolución de la sociedad BIRLANGA DURÁN S.C. y del acuerdo de ampliación del objeto social adoptado por la denunciada "al ejercicio de actividades funerarias en general y particular la explotación de veladores, cementerios, transporte, pompas fúnebres y conducción e incineración de cadáveres". Nos remitimos a la relación de HECHOS PROBADOS de la Resolución

impugnada para comprender el origen del conflicto que ahora resolvemos.

SEXTO.- A título subsidiario se defiende en la contestación que la recurrente no está legitimada para solicitar a la Sala que se dicte una resolución por la que se imponga una sanción económica a la denunciada.

Este planteamiento debe ser aceptado, en base a la doctrina jurisprudencial reiterada, siendo ejemplo de ella la mencionada por la empresa denunciada en su contestación, si bien tal inadmisibilidad es sólo parcial (respecto de la solicitud de que se imponga una sanción económica), pues existe pleno interés en la recurrente a que se ordene el cese de las prácticas y conductas denunciadas, y el interés público puede demandar otras declaraciones o actuaciones por parte del JDC.

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas no ha lugar a hacer expresa condena sobre ellas al entender que estamos ante una estimación parcial, pues si bien declaramos la existencia de conductas prohibidas, declaramos inadmisibles parcialmente el recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y en nombre de su MAJESTAD EL REY

FALLAMOS:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por el procurador D^o LUIS GUTIERREZ LOZANO, en nombre y representación de la mercantil AGENCIA FUNERARIA FUNEDUR S.L. bajo la dirección letrada de D^o LUIS CORCHERO ROMERO contra la Resolución mencionada en el párrafo primero del fundamento de derecho primero de esta sentencia, cuya disconformidad a derecho, y consiguiente nulidad, declaramos, acordando ordenar al JURADO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA que dicte otra conforme a lo razonado, si bien declaramos la **INADMISIBILIDAD PARCIAL DEL RECURSO** respecto de la petición de que se imponga a la mercantil TANATORIO SIERRA DE SAN PEDRO S.L. una sanción económica. Sin costas.

La presente sentencia no es firme y puede ser recurrida en **casación** ante la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, que deberá prepararse ante esta misma Sala sentenciadora en el plazo de diez días, previa constitución, en su caso, del depósito previsto en la Disposición Adicional 15^a de la LOPJ y de la aportación del justificante de haber abonado al tasa que corresponda, conforme a lo establecido en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre.



Y para que esta sentencia se lleve a puro y debido efecto, una vez adquirida firmeza, remítase testimonio de la misma, junto con el expediente administrativo, al órgano que dictó la resolución impugnada, que deberá acusar recibo dentro del término de diez días conforme previene la Ley, y déjese constancia de lo acordado en el procedimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.