

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 3

Nº de Recurso: 731/2014

Nº de Resolución: 2567/2016

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En Madrid, a 9 de diciembre de 2016

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 731/2014, interpuesto por Tanatorio Sierra de San Pedro, S.L., representada por el procurador D. Miguel Torres Álvarez y bajo la dirección letrada de D. Rafael Allende Salazar, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en fecha 28 de enero de 2014 en el recurso contencioso-administrativo número 289/2012 . Son partes recurridas la Junta de Extremadura, representada por el Sr. Letrado de la misma, y Agencia Funeraria Funedur, S.L, representada por el procurador D. José Núñez Armendáriz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el recurso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dictó sentencia de fecha 28 de enero de 2014 , por la que se estimaba parcialmente el recurso promovido por Agencia Funeraria Funedur, S.L. contra la resolución del pleno del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura de 3 de febrero de 2012, dictada en el expediente NUM000 ; dicha resolución declaraba que no concurre la existencia de prácticas prohibidas por parte de Tanatorio Sierra de San Pedro, S.L. 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 la citada mercantil ostente posición de dominio en el mercado relevante delimitado.

La parte dispositiva de la sentencia dice:

" **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso interpuesto por el procurador Dº LUIS GUTIERREZ LOZANO, en nombre y representación de la mercantil AGENCIA FUNERARIA FUNEDUR S.L. bajo la dirección letrada de Dº LUIS CORCHERO ROMERO contra la Resolución mencionada en el párrafo primero del fundamento de derecho primero de esta sentencia, cuya disconformidad a derecho, y consiguientemente 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."

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la codemandada presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación de la Secretaria de la Sala de instancia de fecha 18 de febrero de 2014, acordando emplazar a las partes ante el Tribunal Supremo.

TERCERO .- Personadas las partes, la representación procesal de Tanatorio Sierra de San Pedro, S.L. ha comparecido en forma en fecha 3 de abril de 2014, mediante escrito por el que interpone el recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, formulando un único motivo por infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , así como de la jurisprudencia.

Finaliza su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case la que es objeto del recurso.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 21 de mayo de 2014.

CUARTO .- Personada Agencia Funeraria Funedur, S.L., su representación procesal ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo, confirmando la sentencia impugnada.

La representación procesal de la Junta de Extremadura no ha presentado escrito cumplimentando este trámite, por lo que se ha declarado caducado el mismo.

QUINTO .- Por providencia de fecha 12 de julio de 2016 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 11 de octubre de 2016, en que han tenido lugar dichos actos.

SEXTO .- Asume la ponencia del presente recurso el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, en sustitución del primeramente designado, el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, que formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.

SÉPTIMO .- En el presente recurso se han guardado las prescripciones procesales legales, excepto la del plazo para dictar sentencia,

a causa de la complejidad jurídica del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

El Tanatorio Sierra de San Pedro, S.L., impugna en casación la Sentencia de 28 de enero de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura . La Sentencia impugnada había estimado en parte el recurso entablado por la mercantil Agencia Funeraria **Funedur**, S.L. contra la resolución del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura de 3 de febrero de 2012 que declaró que la sociedad ahora recurrente en casación no había incurrido en prácticas anticompetitivas y ordenaba al citado Jurado dictar otra conforme a lo razonado en sus fundamentos jurídicos.

El recurso se articula a través de un único motivo amparado en el artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En él se aduce la infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio) en relación con la definición del mercado relevante y la existencia de prácticas de abuso de posición dominante.

SEGUNDO .- Sobre la existencia de abuso de posición dominante.

Tal como plantea la Sentencia al comienzo de su primer fundamento de derecho, tres son las cuestiones planteadas en el litigio y sobre las que versa el motivo en que se funda el recurso. En primer lugar, es preciso resolver la discrepancia sobre el ámbito territorial del mercado relevante y dilucidar si es de ámbito local o regional. En segundo lugar, debe comprobarse si existía posición dominante por parte de la empresa sancionada, lo que viene en gran medida determinado por la decisión sobre el ámbito territorial del mercado. Por último y en caso de que existiera tal posición dominante, ha de establecerse si la mercantil recurrente incurrió en prácticas abusivas.

a. Sobre el ámbito territorial del mercado.

La Sentencia impugnada se pronuncia en el sentido del ámbito local del mercado relevante con las siguientes razones:

" **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 SL., 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." (fundamentos jurídicos primero y segundo)

Tiene razón la Sala de instancia frente a la posición del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura y hemos de convenir en que, a partir de la consideración de que el mercado relevante es el de los servicios de velatorio como independiente del resto de los servicios mortuorios -algo no puesto en cuestión por las partes-, su ámbito geográfico es de carácter eminentemente local.

En efecto, resultan convincentes las razones expresadas por la Sala en el fundamento de derecho segundo de su Sentencia, tanto en lo que respecta a la existencia de salas velatorio en todas las localidades importantes de la zona, como en lo que respecta a los hábitos sociales y la no sustituibilidad de la demanda del servicio en cuestión. Así, la existencia de velatorios en todas las localidades y los datos numéricos mencionados por la Sala en cuanto al carácter abrumadoramente local de los servicios contratados en las salas próximas, muestran de manera clara que la demanda social de que dicho servicio tiene lugar en los propios municipios en los que se va a producir el entierro. No parece en efecto que pueda hablarse de intercambiabilidad entre las salas de velatorio de las localidades de la zona, aunque sean próximas entre sí, sino que tiene razón la Sentencia impugnada cuando aprecia que los vecinos de cada localidad no se muestran propicios a velar el cadáver de un familiar en otra localidad para luego enterrarlo en el lugar de su residencia, pese una hipotética diferencia de precios.

b. Sobre la existencia de posición dominante de la empresa denunciada.

En relación con la cuestión de si la mercantil recurrente ocupaba al tiempo de la denuncia una posición de dominio en el mercado relevante, la Sentencia impugnada afirma lo siguiente:

" **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 casi 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 comunicadas 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* ". (fundamento jurídico tercero)

Tal como señalábamos más arriba, una vez establecido que el mercado relevante era local, es claro que la mercantil denunciada ocupaba una posición de dominio por las razones expresadas en el fundamento transcrito, las cuales asumimos. Así, las circunstancias de ser la empresa demandada la única que prestaba servicios de velatorio en Valencia de Alcántara, el no ser sustituible dicho servicio en términos de demanda y ser ésta prácticamente inelástica, además de las razones que menciona la Sala en cuanto a las barreras para la implantación de nuevas empresas (servicio sometido a autorización administrativa, costes de instalación, circunstancias locales) son factores que acreditan suficientemente la referida posición de dominio de la mercantil Tanatorio Sierra de San Pedro, S.L.

c. Sobre el abuso de la posición de dominio.

Finalmente, respecto a si el comportamiento de la empresa denunciada suponía un abuso de su posición dominante, la Sala de instancia afirma:

" **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 declaremos 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 exculpatorios 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 **Resolución 04/10/2013 (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." (fundamentos jurídicos cuarto y quinto)

Tiene razón la Sala juzgadora tanto respecto a la posibilidad de pronunciarse sobre si hubo abuso de posición dominante como, seguidamente, al afirmar que efectivamente se produjo dicho comportamiento ilícito.

En cuanto a lo primero, la resolución impugnada fue adoptada por el Jurado de Defensa a de la Competencia de Extremadura que afirmaba la inexistencia de tal abuso de posición de dominio, y no existe ninguna circunstancia que excluya la revisión de la conformidad a derecho de semejante resolución, pues no se trata de una decisión administrativa discrecional, sino de si efectivamente las conductas acreditadas resultaban o no contrarias al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia . Y la revisión judicial de semejante decisión administrativa es, como dice la Sala, de plena jurisdicción y procede tanto si la resolución impugnada es de signo positivo como si es exculpatoria de la práctica de actividades anticompetitivas. Otra cosa es, como reconoce la propia Sala juzgadora, que no pueda ella imponer la sanción que pudiera corresponder por ser ésta una atribución de la Administración.

En cuanto a la valoración de la conducta de la empresa denunciada, esta Sala está conforme en que fue abusiva, por las razones expresadas en el transcrito fundamento de derecho quinto de la Sentencia de instancia, cuyas conclusiones recogemos de nuevo:

"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 un 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.

[...]

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."

TERCERO .- Conclusión y costas.

De acuerdo con las razones expuestas en el anterior fundamento de derecho, no ha lugar al recurso de casación interpuesto por Tanatorio Sierra de San Pedro, S.L. contra la sentencia de 28 de enero de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura . En consecuencia, deberá el Jurado de Defensa de la Competencia dictar nueva resolución que declare el abuso de posición dominante en que incurrió la denunciada de conformidad con los razonamientos de la Sentencia de instancia y con las consecuencias que sean procedentes en derecho.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción , se imponen a la parte recurrente las costas causadas en la casación, hasta un máximo de 4.000 euros por todos los conceptos legales, más el IVA que corresponda a la cantidad reclamada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido 1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por Tanatorio Sierra de San Pedro, S.L. contra la sentencia de 28 de enero de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el recurso contencioso-administrativo 289/2012 . 2. Confirmar la sentencia objeto del recurso. 3. Imponer las costas de la casación a la parte recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech Jose Maria del Riego Valledor Diego Cordoba Castroverde Angel Ramon Arozamena Laso

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON Angel Ramon Arozamena Laso FRENTE A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 731/2014.

Con el mayor respeto hacia el criterio mayoritariamente adoptado en este recurso de casación, lamento disentir del fallo, que a mi juicio y como sostuve en la deliberación, debió ser estimatorio del recurso de casación.

El Tanatorio Sierra de San Pedro, S.L. (en adelante, TSSP), impugna en casación la sentencia de 28 de enero de 2014 dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. La sentencia impugnada había estimado en parte el recurso entablado por la mercantil Agencia Funeraria Funedur, S.L. (en adelante, FUNEDUR) contra la resolución del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura de 3 de febrero de 2012 que declaró que la sociedad ahora recurrente en casación no había incurrido en prácticas anticompetitivas y ordenaba al citado Jurado dictar otra conforme a lo razonado en sus fundamentos jurídicos.

Tres son las cuestiones planteadas. En primer lugar, el ámbito territorial del mercado relevante y dilucidar si es local o regional. En segundo lugar, comprobar si existía posición dominante por parte de la empresa sancionada. Por último y en caso de que existiera tal posición dominante, ha de establecerse si la mercantil recurrente incurrió en prácticas abusivas.

La sentencia de la que discrepo examina en su fundamento de derecho segundo, titulado „Sobre la existencia de abuso de posición dominante,, estos tres apartados: a) Sobre el ámbito territorial del mercado. b) Sobre la existencia de posición dominante de la empresa denunciada. c) Sobre el abuso de la posición de dominio.

En mi opinión, el recurso de casación debió estimarse, por las razones que a continuación expongo, en buena medida concordantes con lo que decidió el Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura y con los razonamientos de la parte recurrente en casación.

Este asunto trae causa de un litigio entre dos pequeñas empresas funerarias. El propietario de FUNEDUR, D. Virgilio, y uno de los propietarios de TSSP, D^a Esther, responsables de gestionar la empresa de origen familiar de servicios funerarios Birlanga Durán, en 2008 rompen su relación profesional, con una creciente enemistad personal y profesional entre los dos antiguos propietarios. El 17 de marzo de 2010 FUNEDUR, antiguo socio y competidor directo de TSSP en la prestación de servicios funerarios, incluidos los de estancia en sala de velatorio, que presta servicios funerarios y tiene un tanatorio en la localidad de Alburquerque, presentó denuncia contra TSSP ante el Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura por negarse a alquilar en el tanatorio que posee en el municipio vecino de Valencia de Alcántara salas de velatorio a esa sociedad y por aplicar precios diferentes a quien contratase con TSSP servicios de estancia en sala de velatorio conjuntamente con otros servicios funerarios.

Considero que la sentencia infringe el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) al llevar a cabo una definición del mercado relevante artificialmente estrecha y de ahí concluye la existencia de posición dominante y abuso.

Dada la ausencia de barreras de entrada al mercado de prestación de servicios de tanatorio, la posición de TSSP era contestable, lo que determinaba que no existiera posición dominante, como se desarrolla en los siguientes apartados.

A) Sobre el ámbito territorial del mercado: el mercado geográfico definido en la sentencia recurrida y aceptado por esta Sala es artificial o forzosamente estrecho.

La delimitación del mercado geográfico a través de la definición de un área dentro de la cual un hipotético consumidor podría desplazarse entre distintos negocios que compiten entre sí ha sido tradicionalmente utilizada por distintas autoridades a la hora de aplicar el Derecho de la Competencia. Estas áreas se definen como una línea imaginaria que une las poblaciones que distan, por ejemplo, de un centro comercial un determinado tiempo de desplazamiento (Informe de la Dirección de Competencia de la CNMC en el expte. NUM001, Uvesco/Ercoreca). La Comisión Europea considera a este respecto que en las zonas rurales tal área será mucho más amplia que en los núcleos urbanos y dependerá de la población, de la topografía y de las limitaciones en materia de transporte (Decisión de 25 de enero de 2000 relativa a la concentración COMP/M. 1684-Carrefour/Promodes). Este sistema es el utilizado tradicionalmente para definir mercados geográficos en el sector de las grandes superficies comerciales, pero también se ha utilizado en otro tipo de distribución minorista y en otros sectores, como el mercado de los cines, las casas de apuestas o los aeropuertos. La CNMC utiliza este sistema para definir, entre otros, el mercado geográfico de prestación de servicios de tanatorio.

Una vez desaparecidos los monopolios municipales de servicios funerarios -y fuera de los casos en que el tanatorio se explota en régimen de concesión administrativa-, se entiende que los tanatorios situados en diferentes municipios compiten entre sí.

Un tanatorio ofrece una cobertura mayor que los límites estrictos de un municipio:

"El servicio de tanatorio como servicio desligable de los servicios funerarios puede ser prestado por empresa distinta de la que ofrece el resto de servicios. Las instalaciones afectas a este servicio pueden ofrecer una cobertura mayor que los límites estrictos de un municipio, siempre y cuando el desplazamiento no suponga un coste excesivo en tiempo, dependiendo, por tanto, su delimitación exacta de las facilidades de comunicación anexas a la instalación (Informe de la CNMC de 20 de octubre de 2004, en relación con la concentración Intur/Euro Steward, expte. NUM002 , apartado 5.2.2 y resolución de 17 de septiembre de 2008, 3/Mémora, expte. NUM003 , apdo. IV.2)."

Aquí, el Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura entendió:

"Teniendo en cuenta la existencia de tanatorios/salas de vela en las localidades de Valencia de Alcántara y Albuquerque durante el período al que se circunscriben los hechos denunciados, la entrada en funcionamiento de un tercer tanatorio en dicha zona en marzo de 2010 y la previsión de construcción y entrada en funcionamiento de instalaciones iguales o similares en otras localidades de dicha zona geográfica, incluida la propia Valencia de Alcántara y San Vicente de Alcántara, y que no resulta excesivo el tiempo de desplazamiento entre las localidades que ya tienen tanatorios/salas de vela, ni tampoco entre aquellas que carecen del mismo y las que sí lo tienen o pudieran tenerlo en período de tiempo razonable, este Jurado considera que el mercado geográfico en el presente caso es el delimitado por el Servicio Instructor, esto es, el que comprende la localidad de Valencia de Alcántara y un radio de 40 kilómetros en torno a la misma".

Son varias las resoluciones en las que la CNMC ha constatado que los tanatorios de mercados liberados ya no pueden considerarse instalaciones esenciales porque existía competencia entre los tanatorios localizados en municipios cercanos (Resoluciones de la CNMC de 16 de marzo de 2001, Cementerio La Paz, expte. NUM004 ; de 20 de junio de 2001, Velatorios Madrid, expte. NUM005 ; y de 5 de julio de 2001, Funerarias Madrid, expte. NUM006).

Además, en este caso, requerido el Ayuntamiento de Valencia de Alcántara acerca de si existían ordenanzas, prohibiciones o limitaciones en cuanto al número de velatorios en dicho municipio, contestó confirmando que no existe ninguna limitación al respecto.

El análisis de la zona geográfica afectada revela que existen un gran número de posibilidades de desplazamiento en un corto espacio de tiempo. Como indica el Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura: *"no puede afirmarse el que las distancias y el tiempo de desplazamiento entre las distintas localidades de la zona delimitada supongan un coste excesivo en tiempo que nos haga pensar que no puedan incluirse dentro del tan citado mercado geográfico las localidades que se encuentren en el radio kilométrico ya señalado".* De este modo concluye que *"la imposibilidad de velar a un fallecido en alguno de los tanatorios existentes (...) 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".*

No comparto así la conclusión de que TSSP sería el único en un mercado geográfico que ha sido artificialmente delimitado.

Para los vecinos de la zona en cuyo municipio no existe tanatorio sí existiría sustituibilidad, pues les daría lo mismo "acudir al tanatorio de Albuquerque o de Valencia de Alcántara". De esta manera existe competencia entre estos dos tanatorios. Y es que si el tanatorio de TSSP y el del denunciante FUNEDUR compiten entre sí, resulta que no habría posición dominante. Y, como ha indicado esta Sala *"si no hay posición dominante no puede hablarse de abuso, ya que es fundamental para que la conducta prevista en el art. 6 [nuevo 2] LDC sea perseguida, que el que la ejerce se encuentre en posición de dominio"* (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 -recurso de casación núm. 208/2004 -).

Considerado el mercado geográfico (me remito al estudio bastante minucioso que hacen la resolución del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura y el escrito de casación examinando los distintos trayectos, distancias y tiempos de desplazamiento entre media docena de localidades del entorno de Valencia de Alcántara) cabe concluir, en contra de lo que afirma la Sala de instancia, que no debe circunscribirse exclusivamente a una única localidad. En la época en la que se produjo la denuncia hay tres tanatorios que competían en un radio de 40 km alrededor de Valencia de Alcántara (había tanatorio además de en Valencia de Alcántara, en Albuquerque y desde marzo de 2010 en La Codosera); y poco después habrían entrado en funcionamiento otro de la propia denunciante - FUNEDUR- en Valencia de Alcántara y otro, de TSSP en San Vicente de Alcántara; en definitiva al menos cinco -se menciona también en la sentencia otro previsto en Santiago de Alcántara- tanatorios con salas de velatorio en el limitado ámbito comarcal o regional reseñado.

No cabe pues afirmar que el tanatorio de TSSP sea el único del mercado geográfico. Esta conclusión supone una infracción del artículo 2 de la LDC .

B) Sobre la existencia de posición dominante de la empresa denunciada: TSSP no ostentaba una posición dominante.

La sentencia recurrida considera que una vez que se ha considerado que el mercado relevante se debe circunscribir exclusivamente a una localidad, TSSP está en posición dominante: *"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".*

A mi juicio supone un error a la hora de definir el mercado geográfico. Dado que existían varios tanatorios en el mismo mercado geográfico cuando se produjeron los hechos, se descarta que exista posición dominante y, por tanto, abuso. El mercado geográfico es más amplio que el municipio de Valencia de Alcántara, ya que su tanatorio competía con los demás tanatorios del mercado definido, por lo que debe descartarse que se haya producido algún tipo de abuso.

Además, aunque sea un argumento menos relevante, los servicios de velatorio se pueden prestar tanto mediante una sala de tanatorio como en los domicilios particulares y los tanatorios propiedad o gestionados por una empresa funeraria también compiten con los tanatorios y salas de velatorio existentes en hospitales y residencias de ancianos.

Tampoco podría concluirse que TSSP se encontraba en posición dominante, pues en ese mercado estaba sometida a la competencia potencial de otras empresas funerarias, incluida FUNEDUR. Es decir, que su posición era contestable, lo que resulta trascendental a efectos de la aplicación del artículo 2 de la LDC, como ha reconocido este Tribunal (Sentencia de 13 de diciembre de 2004 -recurso de casación núm. 915/2002 -).

La empresa no estará en posición dominante si es probable que los competidores puedan expandirse en el mercado o que puedan entrar otros competidores (apartado 16 de la Comunicación de la Comisión Europea sobre las prioridades de control de aplicación del artículo 102 del TFUE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DO de 24.2.2009):

„La competencia es un proceso dinámico, por lo que la evaluación de las presiones competitivas que experimenta una empresa no puede basarse únicamente en la situación del mercado existente. También es pertinente el impacto potencial de la expansión de los competidores existentes o la entrada de competidores potenciales, incluida la amenaza de tan expansión o entrada. Si la expansión o la entrada es probable, tempestiva y suficiente, la empresa puede verse disuadida de incrementar los precios,

Lo importante es, por tanto, si la posición de la empresa es contestable. Y es que si un mercado es contestable por competidores actuales o potenciales, incluso una empresa que fuese en un momento dado la única operadora en ese mercado no estaría en posición de dominio a efectos del artículo 2 de la LDC. Esta Sala ha dicho que „(...) una posición monopolística en determinadas provincias no le otorgaba a la empresa una posición de dominio, dado que el poder de mercado de la empresa en cuestión se encontraba muy restringido por "la suficiente contestabilidad de estos mercados" (Sentencia de 2 de abril de 2002 - recurso núm. 1585/2000-). A lo que hay que añadir que „en un contexto con pocas barreras a la entrada, como es el caso, difícilmente puede existir una posición de dominio, (Resolución de 15 de febrero de 2000, Intermediarios Promoción Inmobiliaria 2, expte. NUM007).

La sentencia de instancia recoge que en el momento en el que se dictó la misma la denunciante, FUNEDUR, contaba ya con un tanatorio en funcionamiento en el mismo municipio en el que se encuentra el tanatorio de TSSP, Valencia de Alcántara.

Las referencias a la normativa local o autonómica como barrera de entrada no revelan más que para instalar un tanatorio resulta preciso contar con una autorización administrativa. Pero ello no significa que nadie pueda en un corto plazo de tiempo instalar un tanatorio, igual que lo hizo TSSP, por sus propios medios, por lo que no se dan tales barreras de entrada en el sentido del Derecho de la Competencia.

El Ayuntamiento de Valencia de Alcántara indicó en el expediente administrativo que no existían ordenanzas, prohibiciones o limitaciones en cuanto al número de velatorios en dicho pueblo.

Y es claro que tampoco ha supuesto un problema para todas las empresas que han construido el tanatorio en la zona, las barreras que la Sala de instancia denomina como "fundadas en las condiciones de los costos".

Los hechos demuestran que no existían obstáculos legales ni económicos relevantes para construir otro tanatorio en Valencia de Alcántara del mismo modo que lo hizo TSSP, ni en los municipios colindantes, como de hecho se ha producido. En consecuencia su posición era contestable, por lo que no se daba la situación de posición dominante.

TSSP no ha incurrido en una explotación abusiva de la situación de posición dominante. Y es que, al igual que lo hizo TSSP, cualquier persona podría realizar una inversión y establecer en Valencia de Alcántara un negocio de prestación de servicios de tanatorio.

En el presente caso, resumimos, existe un elevado grado de contestabilidad: a) no existen barreras de entrada que impidan a un competidor potencial construir en un corto plazo un tanatorio que compita directamente con el de TSSP; b) no existen barreras técnicas y c) tampoco existen barreras económicas, como demuestra que se ha venido construyendo un número considerable de tanatorios en toda la zona en los años examinados en la denuncia y en los inmediatos siguientes.

Debe además tenerse en cuenta que en la provincia de Cáceres operan grandes empresas funerarias. En efecto, como aduce TSSP -y nadie lo ha negado-, se trata de una pequeña empresa familiar, con únicamente tres empleados que realizó un total de 142 inhumaciones en 2009 y 160 en 2010, alcanzando una facturación total inferior a 140.000 euros en 2010, y que, en este momento, dispone de un tanatorio, situado en Valencia de Alcántara y otro que acaba de iniciar su actividad en San Vicente de Alcántara.

Pues bien, a la vista del poder económico y capacidad de competir que tienen algunos tanatorios cercanos en relación con la modesta empresa familiar que gestiona TSSP, creo que resulta excesivo pretender que TSSP ostente una posición dominante.

TSSP no ostentaba una posición de dominio en la época en la que se produjeron los hechos. Debe rechazarse la conclusión de la Sala de instancia de que TSSP ha infringido los apartados 2.a) y c) del artículo 2 de la LDC al establecer que TSSP tenía posición de dominio.

C) Sobre el abuso de posición de dominio: el tanatorio de TSSP no era una instalación esencial; no hay abuso de dominio.

Es cierto que la sentencia recurrida se basa en muy buena medida en la resolución de la CNMC *Tanatorios Coslada* (expte. NUM008

, de 4 de octubre de 2013). En dicha resolución la CNMC consideró que el grupo Mémora había abusado de su posición dominante al no haber permitido que determinadas empresas dedicadas a la prestación de servicios funerarios accedieran al tanatorio municipal de Coslada.

Cuando la CNMC considera que los tanatorios pueden asimilarse a instalaciones esenciales lo hace, como sucede en la resolución *Tanatorios Coslada*, en el contexto de servicios de carácter municipal. A este respecto la CNMC ha afirmado que, si en algún momento se llegó a valorar que un tanatorio podía ser una instalación esencial, *"todo estaba en relación con el tránsito del cadáver hasta su inhumación o su cremación, en un contexto de un servicio municipal de tanatorios con características de antiguo monopolio público y de reciente modificación regulatoria, en el que las funerarias no tenían ninguna otra alternativa para la realización de los servicios más propios* (Resolución de la CNMC de 11 de octubre de 2007, expte. NUM009 , *Tanatorios Castellón*),.

Fuera de los casos de monopolios municipales de servicios funerarios, la CNMC entiende que los tanatorios situados en diferentes municipios compiten entre sí y no tienen una obligación de prestar servicios a sus competidores. Así, en la resolución de 16 de marzo de 2001, *Cementerio La Paz*, la CNMC estableció que la empresa propietaria del único tanatorio que había en aquél momento en el municipio de Alcobendas, que había sido acusada por una empresa funeraria por su negativa a prestar servicios de tanatorio a los fallecidos cuyos servicios funerarios habían sido contratados con la denunciante, no tenía posición dominante, pues su tanatorio competía con los tanatorios del resto de municipios de la zona norte de Madrid, por lo que no se podía considerar que había existido abuso.

El tanatorio de TSSP no reúne los requisitos que determinan la existencia de una instalación esencial y que conllevan la obligación de permitir el acceso.

Esta Sala (Sentencia de 25 de noviembre de 2013 -recurso de casación núm. 4663/2010 -) ha confirmado la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de mayo de 2010 -recurso núm. 228/2009 - en la que se establecen algunas de las condiciones necesarias para que nos encontremos ante una instalación esencial:

"Aparece la obligación de dar acceso a un bien o servicio cuando el efecto de la negativa sobre la competencia tiene objetivamente trascendencia; en otras palabras, debe darse el acceso solicitado si se comprueba que la falta del mismo constituye en la práctica una limitación seria, permanente, para la actuación del competidor, limitación que convierte sus opciones en prácticamente inexistentes desde el punto de vista económico".

En este caso, la negativa de acceso no ha supuesto una limitación seria ni permanente para la actuación de un competidor, que ha podido replicar el negocio de la supuesta empresa en posición dominante sin dificultad.

De manera específica en relación con los servicios funerarios la CNMC afirmó en el informe , *NUM010 Anteproyecto de Ley sobre servicios funerarios*, , de 22 de junio de 2011, que sólo se puede recurrir a la figura de la instalación esencial para establecer una obligación de acceso en casos excepcionales. Este sería el caso, según el Informe, cuando los tanatorios son de titularidad pública o se encuentran en situación de monopolio provincial.

En general se trata de una doctrina que se aplica en sectores regulados como el sector de la energía, las telecomunicaciones o los puertos marítimos. Aquí se trata de un operador privado que ha construido una infraestructura privada sin concesión administrativa, que comenzó a utilizar en el año 2008 y en el momento en el que se produjeron los hechos enjuiciados en este caso todavía no habría podido amortizar.

La obligación de permitir el acceso a un servicio o bien sólo es de aplicación cuando existe posición dominante. El acceso a la instalación ha de ser imprescindible y la instalación ha de ser irreplicable.

Lo que podría hacer FUNEDUR, como señala la recurrente, es invertir en un tanatorio propio y no pretender aprovecharse de la inversión realizada por TSSP. De hecho es lo que ha hecho a la luz de la propia sentencia recurrida. En efecto, FUNEDUR ha construido, muy poco después de los hechos denunciados, un tanatorio en Valencia de Alcántara.

Para establecer que existe una instalación esencial y así poder obligar al titular de un bien o servicio a permitir que sus competidores hagan uso de él es necesario que sea imposible replicar el bien o servicio. Para considerar que existe una instalación esencial las opciones para el competidor de replicar el servicio deben ser prácticamente inexistentes (Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de mayo de 2010 -recurso núm. 228/2009 -, confirmada por la de esta Sala de 25 de noviembre de 2013 -recurso de casación núm. 4663/2010-). En el caso examinado debería ser imposible que cualquier operador pueda construir un tanatorio en Valencia de Alcántara, lo cual ha quedado acreditado que no sucede. Es más, la sentencia recurrida constata que se ha producido una expansión de los negocios de prestación de servicios de tanatorio, no sólo en Valencia de Alcántara, sino en toda la zona. El Ayuntamiento de dicha localidad manifestó en el expediente, a instancias de TSSP, que no existen restricciones legales al establecimiento de nuevos tanatorios en esa localidad.

Habría también que comprobar si es absolutamente imprescindible utilizar el tanatorio de TSSP para prestar servicios funerarios en el ámbito geográfico definido. Y el tanatorio de TSSP no es necesario para prestar servicios funerarios. En efecto, como consta en el expediente, sólo en el 38% de las inhumaciones realizadas por TSSP en 2009 se usaron los servicios de su tanatorio, porcentaje que se elevó ligeramente hasta el 42% en 2010. Es decir, que en la mayoría de las inhumaciones realizadas por TSSP no se utilizó su tanatorio. Ello demuestra que no era imprescindible usar el tanatorio TSSP, el cual no puede calificarse de instalación esencial.

La jurisprudencia ha establecido que la instalación del operador en posición dominante al que se le vaya a imponer la obligación de acceso debe ser imprescindible para comercializar un producto o prestar un servicio. Para establecer que hay abuso no debería de existir ninguna alternativa real o potencial; si existen alternativas, no cabe imponer una obligación de suministro.

El tanatorio de TSSP no es una instalación esencial, es una instalación más de entre las instalaciones destinadas a prestar servicios de tanatorio que existen en otros pueblos de la zona y en la ciudad de Cáceres y que compiten entre sí. La propia FUNEDUR disponía de un tanatorio en Albuquerque, que se encuentra a menos de 40 kilómetros de distancia de Valencia de Alcántara.

No puede afirmarse que no disponer del tanatorio de TSSP imposibilitara a ninguna empresa, y menos aún a FUNEDUR, que contaba con su propio tanatorio, entrar en el mercado de servicios funerarios o continuar operando en él.

Para considerar que una hipotética negativa a dar acceso a FUNEDUR al tanatorio de TSSP sería restrictiva de la competencia tendría que concluirse que el tanatorio es imprescindible para la prestación de servicios funerarios. Pues bien, a la luz de los hechos, no puede concluirse, para establecer que existe abuso de posición dominante, que la denegación de acceso al tanatorio de TSSP hubiera implicado que la prestación de servicios funerarios en Valencia de Alcántara fuera absolutamente inviable. De hecho, en los años 2009 y 2010, el 20% de las inhumaciones realizadas en Valencia de Alcántara se llevaron a cabo por una empresa distinta de TSSP.

Asimismo, FUNEDUR era un competidor con una posición como mínimo equivalente a la que podía tener TSSP. En efecto, FUNEDUR contaba con un tanatorio en la población de Albuquerque, que tiene una dimensión similar a la de Valencia de Alcántara. Además tiene oficinas desde las que ofrece servicios funerarios en las poblaciones de Albuquerque y Valencia de Alcántara. Y ha podido construir un tanatorio en Valencia de Alcántara. FUNEDUR es, por tanto, un competidor creíble de TSSP, por lo que, en contra de lo dicho por la sentencia recurrida, no puede establecerse que una negativa de acceso de TSSP pudiera constituir una conducta abusiva.

En este caso FUNEDUR no pretendía prestar un servicio nuevo que no estuviera siendo ya ofrecido por TSSP. Lo que pretendía era acceder al tanatorio, aprovechándose de la inversión realizada por TSSP para su construcción para prestar los mismos servicios funerarios que presta TSSP. Por tanto, no es posible establecer que la negativa de suministro constituyera un abuso de posición dominante.

Lo dicho por la CNMC en la resolución *Tanatorios Coslada* no es de aplicación, ya que no nos encontramos ante una concesión administrativa que tenga algún tipo de privilegio, sino ante un operador privado sometido a las reglas del mercado. En tales casos, la imposición de la obligación de acceso es más limitada.

Para que el citado acceso pueda considerarse, en su caso, indispensable, sería preciso acreditar al menos que no es económicamente rentable crear un sistema alternativo para la prestación del servicio denegado.

La CNMC consideró que los tanatorios no eran un servicio indispensable y que ninguno de los tanatorios por sí mismo era capaz de "eliminar toda la competencia en el mercado".

La política de precios de TSSP está justificada objetivamente o no es desproporcionada. Y como ha dicho esta Sala, en ausencia de posición dominante no cabe la figura del abuso (Sentencia de 4 de julio de 2006 -recurso de casación núm. 208/2004 -).

El tanatorio de TSSP no es una instalación esencial y, por tanto, no existe obligación de suministro en el presente asunto. No puede considerarse que una hipotética negativa a facilitar a un competidor directo la prestación de servicios de tanatorio u ofrecérselo en determinadas condiciones es contraria al artículo 2 de la LDC .

En definitiva, a mi juicio -y compartiendo lo que dice la resolución del Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura y, en buena medida, los argumentos de la recurrente- existen muy serias dudas de que TSSP hubiera incurrido en una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 2 de la LDC .

En Madrid, en la misma fecha que la sentencia de la que se discrepa.

Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, junto con su voto particular, por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.