

S TS 10/12/2019**Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo,
Sección 3ª, Sentencia 1689/2019 de 10 Dic. 2019, Rec. 6629/2018****Ponente: Calvo Rojas, Eduardo.
Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado****LA LEY 182615/2019**ECLI: *ES:TS:2019:4085*

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas. Conductas prohibidas. Abuso de posición dominante.

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Contencioso-Administrativo****Sección Tercera****Sentencia núm. 1.689/2019**

Fecha de sentencia: 10/12/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6629/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/12/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.5

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: DVS

Nota:

independiente del resto de servicios mortuorios. No ha lugar al recurso de casación.

R. CASACION núm.: 6629/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Contencioso-Administrativo****Sección Tercera****Sentencia núm. 1689/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente
D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas
D^a. Maria Isabel Perello Domenech
D. Jose Maria del Riego Valledor
D. Angel Ramon Arozamena Laso
En Madrid, a 10 de diciembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 6629/2018 interpuesto por MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L.U., representada por la Procuradora D^a María Pilar Pérez González, contra la sentencia nº 552/2018 de la Sección 5^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de junio de 2018, dictada en el recurso contencioso-administrativo 360/2015. Se ha personado como parte recurrida la GENERALIDAD DE CATALUÑA, representada y asistida por su Abogado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de Mémora Servicios Funerarios, S.L.U. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 2 de julio de 2015 del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia en cuya parte dispositiva se establece:

"Primero. Acordar, de conformidad con el apartado a) del artículo 10.2 de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia (de ahora en adelante, LACCO) y el apartado a) del artículo 53.1 de la LDC, declarar acreditada la comisión, por parte de (la actora), de una conducta de abuso de posición de dominio constitutiva de una infracción del apartado c) del artículo 2.2 de la LDC, consistente en la denegación injustificada de acceso al tanatorio de Artés a terceras funerarias.

Segundo. Acordar, de conformidad con el apartado a) del artículo 10.2 de la LACCO y el apartado a) del artículo 53.2 de la LDC, ordenar a (la actora) cesar en la conducta imputada y abstenerse, en el futuro, de incurrir en conductas similares.

Tercero. Acordar, de conformidad con el apartado a) del artículo 10.2 de la LACCO y el apartado a) del artículo 53.2 de la LDC, imponer a (la actora) una multa de 100.000 (cien mil) euros".

La Sección 5^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia nº 552/2018 con fecha 29 de junio de 2018, (recurso contencioso-administrativo 360/2015) en cuya parte dispositiva se acuerda:

" 1º.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte actora, contra la resolución dictada en fecha 2 de julio de 2015 por el Tribunal Català de Defensa de la Competència, la cual se revoca en el único sentido de reducir la sanción de multa a imponer a la actora, a la suma de 50.000 euros.

2º.-No hacer pronunciamiento sobre el pago de las costas devengadas".

SEGUNDO.- Los hechos que determinaron la incoación del expediente sancionador aparecen sintetizados en el fundamento jurídico tercero de la sentencia -que los toma, a su vez, de la resolución administrativa sancionadora- en los siguientes términos:

" (...) TERCERO.- 1) Reseña la resolución dictada en fecha 2 de julio de 2014 por el TCDC, aquí objeto de impugnación, que el hecho que está en el origen de la sanción impuesta en virtud de la misma tuvo lugar el día 17 de noviembre de 2011.

Una vecina de la localidad de Artés -en la que la actora es titular del único tanatorio existente en dicho municipio- falleció en el Centro Hospitalario de Manresa y la familia de la difunta contrató a "Funeraria del Bages" para la prestación del servicio funerario.

La actora negó a la familia de la difunta y a la reseñada Funeraria inicialmente elegida por aquélla el acceso al tanatorio de Artés. Subsiguientemente, la familia pasó a contratar con la actora los servicios funerarios y el personal de esta última retiró el cadáver de la difunta de las instalaciones de "Funeraria del Bages", que denunció los hechos ante el TCDC [...].

En los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia la Sala de instancia hace una reseña de la normativa aplicable al caso, en particular de los preceptos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia relativos a la infracción por abuso de la posición de dominio (artículos 2.2.c/ y 62), puestos en relación con determinados preceptos de la normativa autonómica sobre servicios funerarios (artículos 1.1, 2.2 y 3 de la 2/1997, de 3 de abril, sobre Servicios Funerarios, y el Decreto autonómico 209/1999, de 27 de julio, que aprueba el Reglamento regulador de los servicios funerarios municipales.

Tras esa reseña normativa, el fundamento jurídico quinto de la sentencia aborda la cuestión relativa a la delimitación geográfica del mercado relevante y sintetiza la controversia del modo siguiente:

" (...) Siendo así que, frente al criterio del TCDC, que considera el mercado geográfico de los servicios de tanatorio " de carácter local" (FJ 3º de la resolución impugnada), la parte actora sostiene su carácter comarcal, con centro en Manresa.

De modo que, de aceptarse el segundo planteamiento, desaparecería la posición dominante de la actora -como titular del único tanatorio existente en Artés-, habida cuenta que, como hecho indisputado, en Manresa, la capital comarcal, funcionaban al tiempo de la instrucción del procedimiento sancionador 15 tanatorios, de los cuales 7 eran de titularidad de la actora".

Así planteado el debate, la Sala de instancia invoca la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2016 (casación 731(2014), también referida a una sanción por abuso de posición de dominio en la prestación de servicios funerarios, en la que se abordaba una controversia análoga sobre el ámbito local o comarcal del mercado relevante. Después de transcribir un amplio fragmento de la fundamentación jurídica de la citada sentencia del Tribunal Supremo, la sentencia recurrida traslada la doctrina allí contenida al caso presente, en los siguientes términos:

" (...) 3) En el presente supuesto, los datos esenciales en presencia son los siguientes: i) Artés tenía una población de 5.575 habitantes en 2011 y dista de Manresa 20 kms.; ii) En el municipio y el entorno local contemplado por el TCDC se producen en torno a 100 defunciones anuales; iii) La inversión total de la actora en la construcción del tanatorio fue de 214.736,51 euros; y iv) La facturación de la actora derivada del tanatorio de Artés fue de 89.865,37 euros en 2014, y de 182.216,94 euros en 2015.

No han resultado de lo actuado características especiales de los mercados concernidos -Artés y su área próxima o bien, Manresa y su comarca-, ni resultados económicos, de la actora o de los restantes operadores en dichos ámbitos, que determinen la procedencia de mudar los criterios sentados en la transcrita STS.

Siendo así que los datos que invocan las partes en sus sucesivos escritos, todavía al respecto, en los de conclusiones, y la parte actora, en el posterior presentado en fecha 4 de septiembre de 2017, evacuando un traslado relacionado con el art. 271.2 LEC , se tratan de meras manifestaciones de parte, carentes de la necesaria fehaciencia, a falta de prueba documental cualificada que los certifique, o bien, de una prueba pericial que hubiera estudiado los referidos mercados concernidos, mediante perito designado judicialmente, cuyo carácter dirimente deriva de la objetividad y fiabilidad que debe reconocérsele a priori al así designado (STS, Sala 3ª, de 15 de febrero de 2012, rec.

1419/2009, FJ 4º; y de 21 de marzo de 2012, rec. 642/2009, FJ 6º; Sentencias de esta Sala y Sección de 20 de enero de 2015, rollo 470/2011, FJ 5º, 30 de junio de 2015, rollo 350/2012, FJ 3º, y de 23 de diciembre de 2015, rollo 380/2012, FJ 4º).

Al respecto, el contenido del informe económico elaborado por un consultor de la actora, a instancias de esta última, acompañado con la demanda, ratificado por su autor en autos, resulta inconcluyente, y no justifican sus conclusiones, con datos empíricos convincentes, la procedencia, como pretende, de considerar el mercado comarcal y no el local".

Una vez establecido el carácter local (no comarcal) del mercado relevante, el fundamento jurídico sexto de la sentencia recoge las siguientes conclusiones:

" (...) SEXTO- 1) Así la cosas, debiendo estarse en cuanto al mercado relevante al local considerado por la resolución del TCDC, y siendo evidente la posición dominante de la actora en el mismo, en cuanto al servicio de tanatorio, como titular del único existente, también lo es, finalmente, que su conducta -la que fue objeto de la denuncia inicial formulada por "Funeraria del Bages", FJ 3º precedente- debe tenerse por abusiva, y ello:

a) Por cuanto no se justifica la negativa a ceder -alquilar- el tanatorio a otra funeraria operadora, mediando un alquiler que redundaría en una mejor cuenta de resultados de la explotación de dicho tanatorio, debiendo interpretarse la negativa, contraria al marco normativo reseñado en los FJ 3º y 4º precedentes, como un modo de monopolizar el mercado local de Artés en cuanto al servicio de tanatorio y con él, el de los servicios funerarios en su conjunto.

b) Por el dato que relaciona la resolución impugnada (FJ 3º), en el sentido de que, a la vista de la facturación aportada por la actora al TCDC, por servicios de tanatorio en Artés, la misma " multiplica por 6 el precio de una sala velatorio estándar en el tanatorio de Les Corts de Barcelona y por 3 el precio de una sala superior en el mismo tanatorio".

2) Sentado pues que la actora cometió la infracción, en los términos de la resolución impugnada y con arreglo a la normativa reseñada en el FJ 3º precedente, alega aquélla, no obstante, la inexistencia de culpabilidad en su conducta, como elemento subjetivo necesario del ilícito, de modo que la calificación de la conducta como infractora debe ser " predecible por su agente" (STS, Sala 3ª, de 8 de mayo de 2003, rec. 4495/1998, FJ 7º).

Un dato basta para constatar que la actora, operadora relevante en el mercado de los servicios funerarios, no podía ignorar la posible trascendencia infractora de su negativa a "Funeraria del Bages".

Con antelación a ese hecho (17 de noviembre de 2011), según alegó la parte demandada en su escrito de conclusiones, el grupo empresarial actor " *va presentar davant de la Comissió Nacional de la Competència, en data 25 de novembre de 2010...una denúncia...contra l'empresa gestora del tanatori municipal de Pozuelo de Alarcón, precisament per la denegació de l'ús de les sales de vetlla al tanatori de manera injustificada per comptar amb els corresponents permisos per a la prestació de serveis funeraris*".

La parte actora no negó este hecho, por lo que no puede ignorarse aquí, pese a que manifiesta que su denuncia fue archivada. Cuestión distinta es que, con arreglo a las previsiones de los arts. 270.1 y 271.2 LEC, la resolución administrativa aportada al respecto por la parte demandada le fue devuelta, pero el hecho, debe reiterarse, no puede ser ignorado y desmiente la falta de conocimiento de la actora sobre la posible trascendencia infractora de su conducta".

Por último, el fundamento jurídico séptimo de la sentencia aborda la cuestión relativa a la cuantificación de la sanción, y concluye que no debe apreciarse la agravante de reincidencia, que había sido aplicada en la resolución administrativa, por lo que resulta procedente una rebaja de la sanción -de ahí que acuerde la estimación en parte del recurso contencioso-administrativo- siendo

ésta una cuestión sobre la que no se ha suscitado debate en casación.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de Mémora Servicios Funerarios, S.L.U., siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 26 de abril de 2019 en el que asimismo se acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de admisión del recurso se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

" (...) 2º) *Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:*

(I) Interpretar el artículo 2.2.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a fin de reafirmar o, en su caso, precisar, matizar, completar o corregir la doctrina contenida en la STS n.º 2567/2016, de 9 de diciembre (RC 731/2014), en orden a determinar cuáles son las condiciones necesarias que deben confluir para imponer a un operador dominante la obligación de acceso a su instalación a terceros operadores competidores.

(II) Y, en concreto, si la percepción de una retribución justa constituye o no, y en caso afirmativo con qué alcance, un motivo suficiente para imponer a un agente económico que ocupa una posición de dominio en el mercado relevante, la obligación de satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios a terceros operadores competidores".

CUARTO.- La representación de Mémora Servicios Funerarios, S.L.U formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 18 de junio de 2019 en el que termina recapitulando y sintetizando sus pretensiones del modo siguiente:

1. Esta parte solicita que esta Excm. Sala fije la interpretación de las normas identificadas en el Auto de admisión en el siguiente sentido: **(i)** la percepción de una retribución no es condición suficiente para imponer obligaciones de acceso a la instalación de un operador dominante; **(ii)** han de darse las tres condiciones excepcionales y cumulativas que exige la jurisprudencia europea; y **(iii)** en la aplicación de esas tres condiciones, ha de atenderse de modo especial a los incentivos que pueden darse en relación con la inversión y la innovación, evitando incentivar comportamientos oportunistas que tiendan a contraer la inversión en el largo plazo.

2. Con arreglo a esa interpretación, se solicita que se dicte Sentencia por la que se revoque la Sentencia recurrida, por infracción del art. 2.2.c) LDC en lo que se refiere a su apreciación sobre la justificación objetiva de la conducta de MÉMORA.

3. En consecuencia con lo anterior, se solicita que se estime íntegramente el recurso contencioso-administrativo con íntegra anulación de la Resolución de 2 de julio de 2015 dictada por el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia, en el expediente sancionador nº 41/2012.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, mediante providencia de 20 de junio de 2019 se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición, lo que llevó a cabo la representación de la Generalitat de Cataluña mediante escrito presentado el 16 de septiembre de 2019 en el que, tras formular sus alegaciones en contra de lo aducido por la recurrente, termina solicitando que se desestime íntegramente el recurso de casación y se confirme la sentencia de instancia; con imposición de las costas a la parte recurrente.

SEXTO.- Mediante providencia de 25 de septiembre de 2019 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose finalmente al efecto el día 3 de diciembre de 2019, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso.

El presente recurso de casación nº 6629/2018 lo interpone la representación de Mémora Servicios Funerarios, S.L.U. contra la sentencia nº 552/2018 de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de junio de 2018 (recurso contencioso-administrativo 360/2015).

Como hemos visto en el antecedente primero, en el proceso de instancia se impugnaba la resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de 2 de julio de 2015 en la que se acordó imponer a la entidad recurrente una sanción de multa de 100.000 euros como autora responsable de una conducta de abuso de posición de dominio constitutiva de una infracción del apartado c) del artículo 2.2 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en la denegación injustificada de acceso al tanatorio de Artés a terceras funerarias.

La sentencia ahora recurrida en casación estima en parte el recurso contencioso administrativo y "...revoca [la resolución sancionadora] en el único sentido de reducir la sanción de multa a imponer a la actora a la suma de 50.000 euros".

SEGUNDO.- Sobre las cuestiones a dilucidar.

En el antecedente segundo hemos reseñado las razones que ofrece la sentencia recurrida para desestimar el recurso salvo en lo relativo a la cuantía de la sanción, que se reduce; aspecto este último sobre el que no se ha suscitado debate en casación.

En el antecedente tercero hemos visto que el auto de la Sección Primera de esta Sala de 26 de abril de 2019, en el que se acuerda la admisión a trámite del presente recurso, declara que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en: I/ Interpretar el artículo 2.2.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a fin de reafirmar o, en su caso, precisar, matizar, completar o corregir la doctrina contenida en la STS n.º 2567/2016, de 9 de diciembre (RC 731/2014), en orden a determinar cuáles son las condiciones necesarias que deben confluir para imponer a un operador dominante la obligación de acceso a su instalación a terceros operadores competidores. II/ Y, en concreto, si la percepción de una retribución justa constituye o no, y en caso afirmativo con qué alcance, un motivo suficiente para imponer a un agente económico que ocupa una posición de dominio en el mercado relevante, la obligación de satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios a terceros operadores competidores.

TERCERO.- Sobre la jurisprudencia existente en lo relativo al ámbito territorial del mercado relevante y a la existencia de posición dominante por parte de una empresa.

En nuestra sentencia nº 2.567/2016, de 9 de diciembre de 2016 (casación 731/2014) a la que se refiere el auto de admisión del recurso de casación -y de la que la propia sentencia recurrida transcribe un amplio fragmento- esta Sala ya abordó el examen del artículo 2.2.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. De aquella sentencia interesa reproducir ahora los siguientes fragmentos:

" (...) 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:

[...]

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:

[...]

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 (...).

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:

[...]

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 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 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.

[...]

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 (...) 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".

Es notoria la similitud que existe entre el caso el examinado en esa sentencia nº 2.567/2016, de 9 de diciembre de 2016 (casación 731/2014) y el que ahora nos ocupa. Y, siendo ello así, no vemos razones para modificar o matizar siquiera las conclusiones que expusimos entonces, donde asumíamos el criterio de la sentencia recurrida en aquella ocasión (del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura) en lo relativo al ámbito territorial del mercado y a la existencia de posición dominante de la empresa.

Sin embargo, de acuerdo con lo indicado en el auto de admisión del recurso de casación, debemos hacer algunas consideraciones sobre las condiciones que deben concurrir para imponer a un operador dominante la obligación de dar acceso a su instalación a terceros competidores; y, en particular, si la percepción de una retribución justa constituye o no, y en caso afirmativo con qué alcance, un motivo suficiente para imponer a un agente económico que ocupa una posición de dominio en el mercado relevante, la obligación de satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios a terceros operadores competidores. Veamos.

CUARTO.- Sobre la interpretación del artículo 2.2.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Ante todo, debemos comenzar recordando el tenor literal del precepto en el que se centra la presente controversia.

El artículo 2.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, prohíbe "... *la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional*". Y a continuación, en una enumeración abierta o enunciativa, el apartado 2 del mismo artículo 2 señala:

" 2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

- a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
- c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos".

Centrándonos en el apartado c/ de este artículo 2.2 (La negativa injustificada...), conviene precisar que, si bien no existe una previsión equivalente en la literalidad del artículo 102 TFUE, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que la negativa no justificada de suministro por parte del operador dominante constituye una conducta abusiva vulneradora de la competencia. En este sentido pueden verse las sentencias del TJUE de 6 de marzo de 1974 (Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents/Comisión, C-6/73, EU:C:1974:18; de 14 de febrero de 1978 (United Brands/Comisión, C-27/76, EU:C:1978:22); de 3 de octubre de 1985 (Télémarketing, C311/84, EU:C:1985:394); de 10 de diciembre de 1991 (Merci Convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrielli, C-179/90, EU:C:1991:464); de 12 de febrero de 1998 (Raso y otros, C- 163/96, EU:C:1998:54); y de 26 de noviembre de 1998 (Bronner, C7/97, EU:C:1998:569), todas ellas oportunamente citadas por la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso de casación.

Como señala el representante procesal de la Generalitat de Cataluña, es cierto que la prohibición de negativa de suministro debe conciliarse con el derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa. Por ello, la jurisprudencia ha mantenido que el criterio esencial reside en el hecho de que la negativa sea susceptible de eliminar toda competencia en el mercado para el que se requiere el insumo o servicio (el "mercado descendente"). En esos casos, prevalece el interés público existente en garantizar una competencia efectiva en el mercado sobre la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada. Aparte de que estos derechos recogidos en los artículos 33 y 38 de la Constitución están sometidos a su función social, sucede que el perjuicio que de aquella negativa injustificada se deriva para los consumidores supera con creces los beneficios que puedan existir para los intereses privados que invoquen.

La negativa de suministro puede generar problemas de competencia cuando la empresa dominante compite con el operador solicitante en el mercado para el cual el insumo denegado -en este caso, la utilización de la instalación- es necesario para prestar el servicio. Y esto es lo que sucede en el caso que examinamos pues la utilización del tanatorio, como instalación esencial, para la que no existe alternativa real ni potencial, 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.

Así las cosas, el operador dominante viene obligado a prestar el servicio (en este caso, ceder el uso del tanatorio) cuando las circunstancias concurrentes determinan que la negativa resulte injustificada.

Para que la prestación resulte obligada, so pena de incurrir el operador dominante en una conducta abusiva y vulneradora de la competencia, aquella prestación ha de constituir un elemento esencial para que la empresa competidora pueda prestar el servicio de que se trate, entendiendo por esencial el elemento que no tenga una alternativa real o potencial o para el que no existe un sustitutivo racionalmente viable.

Esto es precisamente lo que sucede cuando en el municipio y sus inmediaciones existe un único tanatorio, pues, considerando que la utilización de esta instalación es necesaria para la prestación del servicio funerario (velatorio), no resulta razonable, ni encaja en los usos sociales, esgrimir como alternativa la que consistiría en acudir a tanatorios situados en otros municipios. Son en este punto significativos los datos que recoge la sentencia recurrida (F.J. 5º.3/): i) Artés tenía una población de 5.575 habitantes en 2011 y dista de Manresa 20 kms.; ii) En el municipio y el entorno local se producen en torno a 100 defunciones anuales; iii) La inversión total de la actora en la construcción del tanatorio fue de 214.736,51 euros; y iv) La facturación de la actora derivada del tanatorio de Artés fue de 89.865,37 euros en 2014, y de 182.216,94 euros en 2015. Y concluye la Sala de instancia señalando que de lo actuado en el proceso no han resultado características especiales de los mercados concernidos -Artés y su área próxima o bien, Manresa y su comarca-, ni resultados económicos, de la actora o de los restantes operadores en dichos ámbitos, que determinen la procedencia de mudar los criterios sentados en la sentencia de este Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2016 (casación 731/2014) a la que ya nos hemos referido.

La representación de Mémora Servicios Funerarios, S.L.U. aduce que en este caso no concurren las condiciones que según la *Comunicación de la Comisión sobre abuso de posición de dominio* son necesarias para que el operador dominante venga obligado a prestar el servicio: que la denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente; que sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente; y que sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores.

Pues bien, esta Sala considera que en el caso que examinamos concurren las tres condiciones. Por lo pronto, ya hemos visto que la negativa al acceso al tanatorio afecta a un elemento necesario para la prestación de servicio funerario por parte de las empresas competidoras y que, dadas las circunstancias concurrentes no cabe considerar como alternativa viable la de acudir a tanatorios situados en otros municipios. Por otra parte, los datos antes reseñados sobre número de habitantes y de fallecimientos anuales en Artés ponen de manifiesto la escasa -por no decir nula- viabilidad de un segundo tanatorio, de manera que debe considerarse más que probable que la denegación de acceso al único tanatorio existente perjudique a las restantes empresas funerarias y, en definitiva, menoscabe o elimine la competencia efectiva en el mercado de servicios funerarios. Y, como consecuencia, debe considerarse probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores en tanto que generadora o propiciadora de una situación de monopolio *de facto*.

Aduce asimismo la recurrente que la interpretación mantenida por la Sala de instancia, respaldada por la ya citada sentencia de este Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2016 (casación 731/2014), podría constituir un elemento disuasorio o desincentivador de la inversión, pues "... en un entorno donde la inversión puede ser arriesgada, los operadores del mercado de servicios funerarios tendrán menor tendencia a instalar tanatorios en municipios pequeños en la medida en que el primero que lo haga será quien soporte, en beneficio de todos los demás, los riesgos de construcción y explotación" (apartado 5.1.1 del escrito de interposición del recurso). Y también en el plano puramente económico, la recurrente argumenta que "...el rendimiento económico del tanatorio de Artés se vería seriamente comprometido como consecuencia de la imposición de un obligación de acceso, ya que ello exigiría mantener un grado de atención en las salas de vela que iría en contra del modelo de negocio que justificaba la inversión en términos empresariales", pues "...tendría que dedicar unos

recursos humanos y materiales que incrementarían muy significativamente el coste asignado a las salas de vela" (apartado 5.2.2, punto iii, del escrito de interposición del recurso).

Las alegaciones que acabamos de sintetizar no resultan convincentes. De un lado, carecen del oportuno respaldo probatorio, esto es, datos e informes que le sirvan de sustento, toda vez el informe económico que Mémora Servicios Funerarios, S.L.U. aportó a las actuaciones fue valorado por la Sala de instancia -bien es cierto que en relación con la cuestión de si se trata de un mercado local o comercial-, afirmando la sentencia recurrida que tal informe resulta "inconcluyente" y que sus conclusiones no vienen respaldadas en datos empíricos convincentes.

Por otra parte, toda la argumentación de la recurrente parece asentarse en el entendimiento de que el acceso de las empresas competidoras al tanatorio únicamente le generaría más gastos y no mayores ingresos. Nada indica que deba ser así. Muy al contrario, como señala la representación de la Generalitat de Cataluña, "...existen otras formas de rentabilizar el tanatorio de Artés que no exigen excluir a los competidores. Por ejemplo, el alquiler de instalaciones a competidores no debería ser gratuito. Nada impide que el precio del alquiler de la sala de velatorio sea adecuado para que Mémora cubra sus costes, la amortización de sus instalaciones y tenga un margen comercial razonable" (alegación séptima, apartado ii, del escrito de oposición al recurso).

Lo anterior no significa que la percepción de una retribución justa constituya por sí sola un motivo suficiente para que el operador dominante venga obligado a permitir el acceso a la instalación, pues tal obligación no existiría si no concurriesen las circunstancias y condiciones que antes hemos dejado señaladas y que determinan que la negativa de acceso resulte injustificada.

QUINTO.- Respuesta a las cuestiones planteadas en este recurso de casación que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a las cuestiones planteadas en este recurso de casación que presentan interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que:

1.- El artículo 2.1.c de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia debe ser interpretado en el sentido de que el operador dominante viene obligado a prestar el servicio cuando las circunstancias concurrentes determinen que la negativa resulta injustificada.

Para que la prestación resulte obligada, so pena de incurrir el operador dominante en una conducta abusiva y vulneradora de la competencia, aquella prestación ha de constituir un elemento esencial para que la empresa competidora pueda prestar el servicio de que se trate, entendiéndose por esencial el elemento que no tenga una alternativa real o potencial o para el que no existe un sustitutivo racionalmente viable.

Por tanto, ha de considerarse que la negativa de suministro puede generar problemas de competencia cuando la empresa dominante compite con el operador solicitante en el mercado para el cual el insumo denegado -en este caso, la utilización de la instalación- es necesario para prestar el servicio.

2.- La percepción de una retribución justa no constituye por sí sola un motivo suficiente para que el operador dominante venga obligado a permitir el acceso a la instalación, pues tal obligación no existe si no concurren las circunstancias que determinan que la negativa de acceso resulte injustificada.

SEXTO.- Resolución del recurso de casación y costas procesales.

En consonancia con la interpretación que acabamos de exponer y con lo razonado en los apartados anteriores, debemos declarar no haber lugar al presente recurso de casación. Y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede la imposición de las costas de recurso de casación a ninguna de las partes, debiendo mantenerse el pronunciamiento sobre costas procesales efectuado en la sentencia de instancia.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación nº 6629/2018 interpuesto en representación de MÉMORA SERVICIOS FUNERARIOS, S.L.U. contra la sentencia nº 552/2018 de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de junio de 2018 (recurso contencioso-administrativo 360/2015); sin imponer las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes y manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico