

Id Cendoj: 28079130032008100341  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 709 / 2006  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x DEFENSA DE LA COMPETENCIA x
- x ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO x

**Resumen:**

Inexistencia de abuso de posición de dominio. Quienes deseen usar en Tortosa los servicios funerarios tienen dos empresas que gestionan el servicio con criterios contrapuestos (admitiendo o no adornos florales en las salas del tanatorio) y pueden escoger libremente entre ambas sin que ello origine un perjuicio contrario a derecho a las empresas de adornos florales. Y no originan perjuicio tanto porque en el tanatorio municipal dominante, con el 64% del negocio mortuorio, se admiten sin reservas dichos adornos, como porque en el tanatorio denunciado se ofrece una alternativa a la exposición de los mismos en sus salas, como lo es su traslado a las Iglesias en las que se celebran los ritos fúnebres religiosos. No hay pues, una actuación que pudiera, en su caso, ser catalogada como constitutiva de abuso de posición de dominio.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil ocho.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 709/2.006, interpuesto por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FLORISTAS INTERFLORA, S.A., representada por el Procurador D. Jorge Deleito García, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 26 de septiembre de 2.005 en el recurso contencioso-administrativo número 111/2.004, sobre sobreseimiento del expediente 2178/00 del Servicio de Defensa de la Competencia.

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y TANATORIOS Y SERVICIOS, S.A., representada por el Procurador D. José Antonio Vicente-Arche Rodríguez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, dictó sentencia de fecha 26 de septiembre de 2.005, desestimatoria del recurso promovido por la Asociación Española de Floristas Interflora contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 2.004 dictada en el expediente 575/03, por la que se desestima el recurso interpuesto contra el acuerdo dictado por el Director General de Defensa de la Competencia en el expediente 2178/00 del Servicio de Defensa de la Competencia en fecha 20 de mayo de 2.003, así como contra éste. La última de las resoluciones ordenaba el sobreseimiento del expediente incoado a partir de la denuncia formulada por la propietaria de Tost Floristes contra Remsa Tanatorios y Servicios, S.A. en relación con la imposibilidad de entregar flores en el tanatorio público de Tortosa, y en el que la Asociación Española de Floristas Interflora se había personado como parte interesada.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante ha presentado escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 16 de enero de 2.006 , al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de la Asociación Española de Floristas Interflora ha comparecido en forma en fecha 2 de marzo de 2.006, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del *apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 19/1998, de 13 de julio* , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción del *artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* , y de la jurisprudencia relativa a la delimitación del mercado relevante y ausencia de motivación exigible;

- 2º, por infracción del mismo *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* y de la jurisprudencia relativa a la delimitación del concepto de posición de dominio;

- 3º, por inaplicación de la doctrina de los mercados conexos;

- 4º, por infracción de la jurisprudencia relativa a la consideración de los tanatorios como instalaciones esenciales, y

- 5º, por infracción del *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* y de la jurisprudencia relativa a la consideración de la negativa que la desarrolla.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia estimando el recurso de casación y, por lo tanto, estimando el recurso contencioso administrativo, debiendo seguirse por el órgano competente la continuación de los actos de instrucción necesarios para el adecuado esclarecimiento de los hechos denunciados, sin expresa condena en las costas de instancia y debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de la casación.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 8 de enero de 2.007 .

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición del recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que sea desestimado, confirmando la recurrida en cuanto declara conforme a derecho la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 2.004 impugnada en autos, todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la también comparecida Tanatorios y Servicios, S.A., cuya representación procesal suplica en su escrito que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el mismo, confirmando en todas sus partes la sentencia recurrida, e imponiendo al recurrente las costas del recurso con expresa declaración de temeridad.

QUINTO.- Por providencia de fecha 17 de junio de 2.008 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 7 de octubre de 2.008, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

La Asociación Española de Floristas Interflora, S.A., recurre en casación contra la Sentencia de 26 de septiembre de 2.005 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que rechazó la impugnación del sobreseimiento por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la denuncia contra Remsa Tanatorios y Servicios S.A., por abuso de posición dominante.

La Sentencia de instancia funda el fallo desestimatorio en las siguientes razones jurídicas:

"1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 21 de enero de 2004 por la que, resolviendo el expediente de recurso interpuesto por la Asociación Española de Floristas INTERFLORA -ahora recurrente- contra el acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia por el que se sobresee un expediente incoado a

Tanatorios y Servicios S.A. -ahora codemandada- por presunto abuso de posición dominante, acuerda: "Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación Española de Floristas INTERFLORA contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 20 de mayo de 2003 por el que se decreto el sobreseimiento del expediente incoado a Tanatorios y Servicios S.A., confirmando dicho Acuerdo en todos sus términos".

Los anteriores actos administrativos tienen como antecedente la denuncia formulada por una floristería de Tortosa, el 16 de febrero de 2000, contra Tanatorios y Servicios S.A. (REMSA) -titular de uno de los dos tanatorios existentes en Tortosa- por haber supuestamente impedido la entrada en su establecimiento a la denunciante que pretendía entregar arreglos florales.

En la resolución que ahora se impugna se afirma como fundamento del sobreseimiento acordado que al no tener el tanatorio denunciado una posición dominante, negar la recepción de flores no constituye un abuso, aduciéndose como fundamento para negar la posición de dominio la inexistencia de la posibilidad de comportarse de forma independiente al expresar que "cuando fallece alguien, los familiares del finado lo que requieren es la prestación de unos servicios funerarios que en la localidad de Tortosa ofrecen dos empresas, y que en función de las respectivas ofertas cada familia toma una decisión de utilizar una empresa u otra, lo que priva al tanatorio denunciado de la posibilidad de independencia de comportamiento respecto de sus clientes que es la condición necesaria para que pueda darse una posición de dominio en el mercado".

2. Frente a dicha resolución impugnada la parte actora comienza por invocar en su demandada diversas resoluciones del propio Tribunal de Defensa de la Competencia en que se ha declarado, también en relación con tanatorios y floristerías, la existencia de infracciones tipificadas en la *Ley de Defensa de la Competencia*, (en particular del art. 1.1 . LDC) para a continuación, entender que el mercado relevante en este caso es el de los "adornos florales mortuorios" en el que, a su juicio, los tanatorios tienen la consideración de instalaciones esenciales y, en consecuencia, deben respetar las normas de mercado y, particularmente las normas de competencia, absteniéndose de abusar de la dependencia que las floristerías tienen de sus instalaciones para el desarrollo de su actividad comercial.

El Abogado del Estado niega, en los términos de la resolución impugnada, que exista en este caso posición de dominio, habida cuenta del mercado relevante, que es el de los servicios funerarios de la localidad de Tortosa, en el que existe otro tanatorio que disfruta del 74% de la cuota de mercado.

La parte codemandada niega igualmente ser competidora de las floristerías así como pretender acaparar el mercado de adornos mortuorios, ya que ni siquiera tiene floristería. Asimismo alega que en modo alguno puede hallarse en posición de dominio en el mercado relevante, ya que solo efectúa un 26% de los sepelios anuales en Tortosa, siendo libre de organizar sus servicios en la forma que estime oportuna, por lo que puede limitar libremente la existencia y entrega de flores en las salas del tanatorio al estar dichos adornos florales especialmente destinados al rito funerario o al sepelio propiamente dicho.

3. La cuestión a resolver es la relativa a si la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en los presentes impugnada es o no conforme a Derecho cuando confirma el sobreseimiento decretado por el Servicio de Defensa de la Competencia del expediente en su día incoado a la ahora codemandada por entender, en definitiva, que no ha existido infracción del art. 6 de *Ley de Defensa de la Competencia* .

El artículo 6º LDC, tras las modificaciones introducidas en su apartado 1 y las adiciones de las letras "f)" y "g)" al apartado 2, ambas por el artículo 4 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre (redacción, por ello, que hemos de tomar en consideración en esta sentencia, puesto que era la vigente desde 1 de enero de 2000 , año en el que se formalizó por la recurrente la denuncia que motivó el expediente), dispone:

"Artículo 6 . Abuso de posición dominante.

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

a) De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

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

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio 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 servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen 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 tales contratos.

f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 6 meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor.

g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.

3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal."

A tal fin, la Sala entiende que punto de partida ha de ser el criterio del Tribunal Supremo sobre la significación y alcance del *artículo 6 LDC*, precepto sobre el que ya existe una consolidada doctrina del Alto Tribunal; en efecto, la sentencia de 13 de diciembre de 2004 de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, reiterando la doctrina ya establecida en las sentencias de 8 de mayo y 9 de junio de 2003, hace las siguientes consideraciones:

"a) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

b) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

c) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

d) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta «típica», que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (*artículo 10 de la Ley 16/1989*).

e) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

f) Por fin, dada la similitud existente entre el *artículo 82* (antiguo *artículo 86*) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel *artículo 6*, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno."

En este punto, el estudio del *artículo 6º LDC*, al igual que el del *artículo 82* del Tratado de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia comunitaria "singularmente, la que resulta de las sentencias del TJCE de 21 de febrero de 1973 (Continental Can), 6 de marzo de 1974 (Comercial Solvens), 14 de febrero de 1978 (United Brands), 13 de febrero de 1979 (Hoffmann La Roche), 3 de julio de 1991 (AKZO) y 15 de

diciembre de 1994 (DLG )", permite afirmar que en aquéllos (y también en el de nuestro Derecho interno, pese a la existencia en éste de una singular normativa de defensa de los consumidores) se protege, tanto los intereses económicos "concurrenciales o extraconcurrenciales" de los clientes, proveedores y consumidores en general, como los intereses de los competidores. Velan por la salvaguarda de la competencia residual o potencial, y actúan, también, en defensa directa de consumidores, clientes y proveedores ante conductas que, aunque no afecten a la estructura competitiva, producen resultados lesivos con amparo en la falta o en la insuficiencia de una competencia efectiva. Sobre esta base:

- Cabe así diferenciar: a) los abusos que perjudican los intereses concurrenciales de los competidores que lo son "primera línea de competencia" de la propia empresa dominante, restringiendo sin justificación la competencia residual o potencial del mercado mismo sobre el que se proyecta la posición de dominio (es, pues, un abuso anticompetitivo, y, dentro de estos, de primer grado); b) los abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivos mercados -segunda línea de competencia- (es, también, un abuso anticompetitivo, que cabe denominar, como hace la doctrina, de segundo grado); y c) los abusos que lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores y consumidores (son los denominados abusos explotativos).

- Ahora bien, no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva; lo exige así la lógica de aquellos preceptos y del sistema económico en que se insertan, que ni prohíben la posición de dominio, ni pretenden obstaculizar, tampoco a las empresas dominantes, la consecución de una posible mayor eficiencia; serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico. Del mismo modo, la lesión de los intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva de dicha posición, un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva.

- A lo dicho cabe añadir: a) que la conducta a calificar debe valorarse de forma objetiva, de suerte que su carácter abusivo deberá desprenderse de sus rasgos económicos, sin depender, por tanto, de cual sea su valoración moral o la intención de su autor, aunque esto no permita, sin embargo, prescindir del necesario elemento de la culpabilidad si a la conducta pretende anudarse un efecto sancionador en sentido estricto; y b) que sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores, en particular.

La explotación abusiva es, en fin, una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia.

4. A propósito del análisis sobre cuál sea el mercado relevante, la recurrente insiste en su demanda en que es el de los "adornos florales mortuorios" y a partir de ahí sostiene que la denunciada tiene una posición dominante de la que abusa al impedir que entren flores procedentes de los establecimientos que estarían, también a juicio de la actora, en situación de dependencia respecto del tanatorio denunciado.

La Sala, sin embargo, no puede aceptar la tesis propuesta por la demandante y sí en cambio ha de considerar correcta la definición de mercado relevante propuesta en su día por el Servicio de Defensa de la Competencia y que hizo suya la resolución impugnada. En efecto, el mercado relevante en el presente caso es el de los servicios funerarios en la ciudad de Tortosa, mercado en el que la hoy codemandada no ostenta desde luego posición de dominio ya que únicamente participa con un 26% de la cuota de mercado, actuando en competencia con otro tanatorio (en concreto, municipal) que existe en esa misma ciudad y al que corresponde casi la tres cuartas partes de la cuota de mercado, esto es, un 74%.

Y, debe ser aquél el mercado relevante pues, en efecto, cuando alguien fallece, generalmente la familia lo que requiere es la prestación de unos servicios funerarios que en Tortosa ofrecen dos empresas, una municipal y otra privada; y es en función de las respectivas ofertas como se toma la decisión de utilizar una u otra empresa, lo que, en definitiva, priva al tanatorio denunciado de la independencia de

comportamiento respecto de sus clientes que es la condición necesaria para que pueda darse una posición de dominio en el mercado. En este sentido deben rechazarse las afirmaciones de la demanda de que la propia empresa denunciada "es competidora de las floristerías, ya que concurre en el mercado de confección de adornos mortuorios", ya que del expediente resulta que la codemandada ni siquiera tiene floristería y, desde luego, es libre, en tanto no vulnere la Ordenanza Municipal correspondiente del Ayuntamiento de Tortosa de organizar sus servicios en la forma que entienda conveniente y de ahí que pueda también libremente limitar la entrada y depósito de flores en el interior de sus instalaciones, lo cual esta Sala entiende que tampoco constituye un abuso, máxime cuando tal determinación se toma con carácter general, en relación con todas las floristerías y no con alguna en particular.

A lo anterior tampoco han de ser óbice las resoluciones invocadas en la demanda por no guardar propia relación con el caso debatido. En efecto, son inaplicables al caso actualmente controvertido las resoluciones del propio Tribunal de Defensa de la Competencia que se citan en la demanda, al referirse a supuestos de conductas colusorias prohibidas por el *art. 1 LDC* (acuerdos en el seno de una asociación de funerarias, en un caso, en otro acuerdo entre los dos tanatorios de una ciudad para negar a las floristerías el transporte de las flores al cementerio; etc.) lo cual nada tiene que ver con la situación actualmente controvertida en la que ha quedado acreditado en todo momento que las dos empresas funerarias tienen tanatorio, concretamente la otra empresa utiliza en exclusiva un tanatorio municipal y si existe desigualdad es, precisamente, en este caso a favor de esta última empresa que realiza el 74% de los sepelios y que, con toda claridad, excluye la posición de dominio en el mercado de servicios funerarios de dicha codemandada." (fundamentos jurídicos 1 a 4)

El recurso se funda en la alegación de infracción del *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 6/1989, de 17 de julio)* por los siguientes cinco motivos: error y falta de motivación en la delimitación del mercado relevante (primero); infracción de la jurisprudencia en relación con el concepto de posición de dominio (segundo); inaplicación de la doctrina de los mercados conexos (tercero); infracción de la jurisprudencia sobre la consideración de los tanatorios como instalaciones esenciales para el desarrollo de la actividad de la actora (cuarto); e infracción de la jurisprudencia sobre la justificación de la negativa de la denunciada a admitir los servicios florales (quinto).

SEGUNDO.- Sobre los hechos en los que se asienta la denuncia de abuso de posición de dominio.

Antes de proceder al examen de los cinco motivos que se han reseñado, todos ellos apoyados en distintos aspectos de la infracción del *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* en un caso de abuso de posición dominante, resulta necesario aclarar los hechos sobre los que se asienta dicho supuesto abuso. En efecto, la parte recurrente, que fue la denunciante ante los servicios de defensa de la competencia, sostiene que el tanatorio denunciado (sito en Tortosa y propiedad de Remsa Tanatorios y Servicios, S.A.) rechaza admitir los adornos florales de cualquier floristería, aceptando tan sólo los procedentes del propio servicio de flores del tanatorio o de una concreta floristería de la localidad que sería de su titularidad.

Semejante negativa discriminatoria constituiría, en opinión de la entidad actora, un abuso de posición de dominio en el mercado de flores y adornos florales (más que en el de tanatorios, que es el mercado considerado relevante por los servicios de defensa de la competencia y la propia Sentencia de instancia) -primer motivo-. Semejante abuso de posición de dominio se apoya en la dependencia de los servicios que presta la actora respecto de los de tanatorios (modalidad del abuso contemplada en el apartado 2.c) y d) del *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia*) -segundo motivo-, los cuales constituyen además instalaciones esenciales para el desarrollo de la actividad de adornos florales -motivo cuarto-. En cualquier caso, incluso a partir de la consideración de los servicios de tanatorios como mercado relevante, el abuso de la posición dominante en el mismo se trasladaría al de las flores, en virtud de la doctrina jurisprudencialmente admitida de los mercados conexos -tercer motivo-. Finalmente, se habría infringido también el *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* al tratarse de una denegación irrazonable de un servicio, frente a la tesis de la Sentencia de que dicha negativa es legítima siempre que no hubiera incumplimiento de ordenanzas municipales -motivo quinto-.

Toda la argumentación de la recurrente en los diversos motivos que se acaban de resumir y que tratan de justificar la infracción del *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia desde distintas perspectivas, parte de dos datos de hecho absolutamente esenciales para determinar si ha habido o no el abuso de posición de dominio que se denuncia. Uno, indisputado, se refiere al porcentaje del mercado de servicios mortuorios en la población de Tortosa asumido por el tanatorio denunciado, que es el de 26%, correspondiendo el 64% restante al tanatorio público municipal, en el que, según concuerdan todas las partes, se admiten los adornos florales en las propias salas del tanatorio.*

El segundo hecho, controvertido éste, es el relativo a si el tanatorio de Remsa admite o no flores u otros adornos en sus estancias mortuorias. La denunciante y ahora recurrente sostiene que existe una negativa discriminatoria en cuanto a la admisión de adornos florales en el tanatorio denunciado. Así, dicho tanatorio sí admitiría flores y adornos, pero sólo los propios o los provenientes de una concreta y determinada floristería.

Pues bien, partiendo de que el tanatorio denunciado tiene una posición importante, aunque minoritaria -del 26%, según se ha indicado-, en el mercado que ha sido considerado relevante -el de los servicios funerarios-, así como que, en cualquier caso, dicho mercado puede calificarse sin duda como mercado conexo con el de las flores, que resultaría dependiente de aquél en un grado apreciable, la trascendencia de los hechos denunciados depende precisamente de que sea o no cierta la negativa discriminatoria a admitir en sus estancias flores u otros adornos de la generalidad de las floristerías de la localidad menos de una.

Esto es, la posición de la actora es que semejante comportamiento podría incurrir en un abuso de posición de dominio tipificado en el *artículo 6.2.c) y d) de la Ley de Defensa de la Competencia* : pese al porcentaje minoritario del tanatorio denunciado en el mercado de los servicios funerarios, el mismo sería lo suficientemente relevante como para hacer que el comportamiento discriminatorio pudiera, en su caso, ser conceptualizado como un abuso de posición de dominio, teniendo en cuenta los elementos puestos de relieve por la entidad recurrente: relación entre ambos mercados, carácter esencial de los tanatorios en relación con las floristerías y falta de fundamento razonable de la negativa a admitir los servicios de adornos florales en el tanatorio.

Puestas así las cosas, es forzoso reconocer que la cuestión de hecho ha quedado sin embargo zanjada por la Sentencia de instancia, sin que quepa su revisión en sede casacional. Como resulta de una constante jurisprudencia, el carácter extraordinario del recurso de casación, exclusivamente encaminado al control de la recta aplicación e interpretación del derecho, no permite la revisión de los hechos probados o análogas apreciaciones de naturaleza fáctica. La Sala de instancia ha declarado de manera expresa y taxativa que la negativa del tanatorio denunciado a admitir adornos florales en sus salas es general respecto a todas las floristerías y hemos de admitir como cierto este hecho probado. El examen del expediente y de las actuaciones, por lo demás, confirman el acierto de la aseveración de la Sala, evidenciando que el citado tanatorio, junto con dicha negativa justificada en razones de orden empresarial, proporciona una alternativa a las familias de los fallecidos, proporcionando coches fúnebres para el transporte de los adornos a las iglesias en las que se celebran los servicios religiosos -también excluidos en el recinto del tanatorio- y se exponen las coronas y flores aportadas. En cuanto al acta notarial acreditando la existencia de una corona de flores en una determinada ocasión, hecho que aduce en contra la recurrente en el propio recurso de casación, estuvo a la vista de la Sala juzgadora, sin que podamos revisar la valoración de los hechos efectuada en la instancia; en efecto, la Sala no le dio relevancia a tal circunstancia como evidencia de una actitud discriminatoria, sin duda por su carácter aislado y puntual.

Así las cosas es claro que, como señala la Sala de instancia, quienes deseen usar en Tortosa los servicios funerarios tienen dos empresas que gestionan el servicio con criterios contrapuestos (admitiendo o no adornos florales en las salas del tanatorio) y pueden escoger libremente entre ambas sin que ello origine un perjuicio contrario a derecho a las empresas de adornos florales. Y no originan perjuicio tanto porque en el tanatorio municipal dominante, con el 64% del negocio mortuorio, se admiten sin reservas dichos adornos, como porque en el tanatorio denunciado se ofrece una alternativa a la exposición de los mismos en sus salas, como lo es su traslado a las Iglesias en las que se celebran los ritos fúnebres religiosos. No hay pues, una actuación que pudiera, en su caso, ser catalogada como prohibida por el *artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia* , a pesar de los factores ya reseñados como la conexión entre mercados y la amplia dependencia del negocio de las floristerías respecto de las instalaciones de servicios fúnebres.

TERCERO.- Conclusión y costas.

El rechazo de los motivos en los que se funda el recurso conlleva su desestimación. Según dispone el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción* , se imponen las costas a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

**FALLAMOS**

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la

Asociación Española de Floristas Interflora, S.A. contra la sentencia de 26 de septiembre de 2.005 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 111/2.004 . Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Fernando Ledesma Bartret.-Manuel Campos Sánchez-Bordona.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza.-Óscar González González.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-María Jesús Pera Bajo.-Firmado.-