

**Id. Cendoj:** 28079230062005100385  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 26/09/2005  
**Nº de Recurso:** 111/2004  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** MARIA ASUNCION SALVO TAMBO  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Resumen:**

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. INEXISTENCIA DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

---

SENTENCIA

Madrid, a veintiseis de septiembre de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 111/2004, se tramita a

instancia de la entidad ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FLORISTAS INTERFLORA, representada por

el Procurador D. Jorge Deleito García, contra resolución dictada por el Tribunal de la Competencia

de fecha 21 de enero de 2004, sobre expediente incoado por presunto abuso de posición dominante

y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado

del Estado, actuando como codemandada la entidad Tanatorios y Servicios S.A., representada por

el procurador D. José Antonio Vicente-Arche Rodríguez, siendo la cuantía del mismo Indeterminada.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1. La parte indicada interpuso, en fecha 11 de marzo de 2004, este recurso respecto

de los actos antes aludidos, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que tenga por presentado este escrito, y los documentos que con él se acompañan, se sirva admitirlo y se tenga por interpuesta en tiempo y forma DEMANDA, y dicte en su día, tras los trámites legales y el recibimiento a prueba que esta parte desde hoy interesa sentencia por la que se anule y deje sin efecto la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 2004 (expediente R575/03), confirmando el acuerdo del SDC de 25 de noviembre de 2003 ordenando el archivo de las actuaciones, seguidas bajo el número 2361/02, con imposición de costas a la parte demanda".

2. De la demanda se dió traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio, dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho".

3. Mediante diligencia de ordenación de 14 de septiembre de 2004, se dió traslado al Procurador D José Antonio Vicente-Arche Rodríguez, en representación de la parte codemandada Tanatorios y Servicios S.A., para que contestara la demanda, lo que hizo presentado escrito el 19 de octubre de 2004, solicitando: "que teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma, y por devuelto el expediente administrativo recibido al efecto, tenga a mi representada Tanatorios y Servicios S.A. por opuesta a las pretensiones vertidas por la Asociación Española de Floristas INTERFLORA en la demanda del presente recurso contencioso administrativo de nº 6-11-2004, y en su momento dictar Sentencia por la que desestime en todas sus partes y pedimentos el presente recurso proferido por la citada Asociación Española de Floristas INTERFLORA, con imposición de costas a la parte recurrente con expresa declaración de temeridad procesal".

4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 25 de octubre de 2005, acordando el recibimiento a prueba con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, quedando los autos pendientes de señalamiento, lo que se hizo constar por medio de providencia de 3 de enero de 2005 y, finalmente, mediante providencia de 6 de junio de 2005, se señaló para votación y fallo el día 13 de septiembre de 2005, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

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.

5. De todo lo anterior deriva la procedencia de desestimar el presente recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin que se aprecien circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## **FALLO**

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FLORISTAS INTERFLORA, contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de enero de 2004, a que

las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar dicha resolución por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### PUBLICACION

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.