

Id. Cendoj: 28079230062009100115
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 16/03/2009
Nº de Recurso: 287/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: SANCION POR ABUSO DE POSICION DOMINANTE. MULTA DE 130.000 EUROS. CONTRATO PARA LA PRESTACION DE SEGURO DE DECESOS CON EL CABILDO INSULAR DE LA ISLA DE LA GOMERA.

SENTENCIA

Madrid, a dieciseis de marzo de dos mil nueve.

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 287/2007, se tramita a instancia de la entidad MAPFRE GUANARTEME, S.A.,

representada por la Procuradora D^a Alicia Casado Deleito, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de

fecha 28 de junio de 2007, sobre conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia ; y en el

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

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 30 de julio de 2007, este recurso respecto del acto antes aludido; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado 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, teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo, tener por formalizada en tiempo y forma la demanda y, en su día, previo el recibimiento a prueba que desde ahora intereso, dicte Sentencia en la que, estimando

las pretensiones formuladas, declare la disconformidad en derecho de la actuación administrativa objeto del presente recurso, consistente en la revocación de la Resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 28 de junio de 2007 dictada en el expediente 613/06, anulándola y dejándola sin efecto alguno por su evidente disconformidad con el ordenamiento jurídico al no concurrir los presupuestos legales necesarios para dicha actuación, y estimando la reclamación formulada por mi representada contra la referida Resolución, declare expresamente su nulidad y revocación por no ser ajustada a derecho en los términos expuestos en el presente escrito de demanda, todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandada."

2. De la demanda se dio 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 y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante."

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 14 de mayo de 2008, acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida 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 en tiempo y forma; finalmente, mediante providencia de 5 de febrero de 2009, se señaló para votación y fallo el día 3 de marzo de 2009, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. 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^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de 28 de junio de 2007 dictada por el Pleno del Tribunal de Defensa de la competencia en el expediente (nº 613/06 "Servicios funerarios La Gomera"), iniciado por denuncia formulada por Servicios Especiales La Gomera, S.L. contra el Excmo. Cabildo Insular de La Gomera e incoado contra éste así como de oficio contra la entidad ahora recurrente, MAPFRE GUANARTEME, COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, derivadas del contrato firmado por ambos para la prestación de un seguro de decesos para todos los habitantes de la Isla de La Gomera, en la que se acuerda:

PRIMERO.- Declarar que MAPFRE GUANARTEME, COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. ha incurrido en un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en imponer condiciones de precios y de reparto de mercado a las empresas funerarias que firman los contratos de colaboración con la aseguradora y en discriminar a aquellas que no los firman en lo que se refiere a las condiciones del pago de los servicios prestados.

SEGUNDO.- Imponer a MAPFRE GUANARTEME, COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. una multa de 130.000 euros.

TERCERO.- Intimar a MAPFRE GUANARTEME, COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. a que se abstenga de realizar dicha conducta en el futuro.

CUARTO.- Ordenar a MAPFRE GUANARTEME, COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado, y en las páginas de información económica de dos diarios de la provincia de Tenerife. En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso.

QUINTO.- MAPFRE GUANARTEME, COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el pago de la multa impuesta y lo acordado en el anterior apartado cuarto.

SEXTO.- Instar al Servicio de Defensa de la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución."

La resolución impugnada considera que ha existido una conducta prohibida por el artículo 6 de la entonces vigente Ley de Defensa de la Competencia de la que sería autora la recurrente, consistente en condicionar la participación de las funerarias en la prestación de servicios a sus asegurados a la firma de unos contratos de colaboración, lo que, a juicio del Tribunal de Defensa de la Competencia, ha conllevado un tratamiento discriminatorio para terceros, al tiempo que ha fijado los precios a las empresas funerarias colaboradoras y ha articulado un reparto de los servicios funerarios de La Gomera entre ellas.

La resolución sancionadora que ahora se impugna trae su causa de la denuncia formulada ante el Servicio de Defensa de la Competencia por SERVICIOS ESPECIALES LA GOMERA, S.L., ahora codemandada, con fecha 11 de abril de 2005 y contra la ahora recurrente, por la supuesta comisión de prácticas contrarias a la competencia y abuso de posición dominante derivadas de la adjudicación a la ahora recurrente MAPFRE GUANARTEME, con fecha 11 de febrero de 2002, del contrato relativo a la póliza de seguro de decesos para los vecinos de la isla de La Gomera inscritos en sus respectivos padrones municipales y residentes en el extranjero de nacionalidad española que asimismo figurasen inscritos en los Registros de los mismos municipios gomeros, en los términos y condiciones que figuran en el contrato administrativo obrante en el expediente remitido.

Los antecedentes de dicha adjudicación se remontan al mes de agosto de 2001 en el que el Excmo. cabildo insular propuso al pleno de la Corporación Insular, que fue aprobada el 11 de octubre de 2001, para incoar un expediente para la contratación de una "póliza de decesos que permita dar cobertura a los gastos de fallecimiento a vecinos de la isla de La Gomera inscritos en sus respectivos en sus padrones municipales y residentes en el extranjero ... que asimismo figuren en los Registros." así como elaborar "los oportunos pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, Tipos de Contrato y de Prescripciones Técnicas", pliego que, una vez aprobado y con los preceptivos anuncios de licitación para la contratación mediante concurso (folios 1310 a 1329 del expediente administrativo), finalizó, tras los trámites administrativos pertinentes ante la Mesa de Contratación, con fecha 11 de febrero de 2002, en la adjudicación a la hoy actora por el precio de 300.506,05 euros para la anualidad 2002.

Según consta también en el expediente administrativo, la referida resolución del

Cabildo Insular de La Gomera, de fecha 11 de febrero de 2002, fue objeto de recurso contencioso-administrativo formulado por SERVICIOS ESPECIALES LA GOMERA, S.L., quien instó su anulación y reclamó una indemnización por daños y perjuicios (P.O. nº 464/2002, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, quien dictó sentencia con fecha 11 de marzo de 2004 desestimando la demanda interpuesta por la ahora codemandada y concluyendo en la inexistencia de exclusión de la entidad demandante en la operativa de la referida póliza de seguro y, en consecuencia, de daños y perjuicios para la misma, al haber quedado acreditado que sus servicios venían siendo abonados regularmente por los asegurados siendo estos reembolsados posteriormente por MAPFRE GUANARTEME.

Finalizada la vigencia del contrato adjudicado a la hoy actora, nuevamente, el 2 de agosto de 2005, el Cabildo Insular acordó la incoación de nuevo expediente para la contratación y adjudicación de una nueva póliza de seguro de decesos (folios 1537 a 1555 del expediente administrativo), solicitándose ofertas económicas a otras cuatro Compañías de Seguros, además de la hoy actora, acordándose finalmente la adjudicación también a MAPFRE GUANARTEME, suscribiéndose el correspondiente contrato administrativo por el plazo de un año prorrogable hasta un máximo de tres.

En septiembre de 2005 se acordó incoar expediente sancionador por supuestas prácticas restrictivas de la competencia frente al Excmo. Cabildo Insular de La Gomera y frente a la hoy recurrente, notificándose el Pliego de Concreción de Hechos, dictado por la Instructor del expediente administrativo tramitado ante el Servicio de Defensa de la Competencia en el que se entendió acreditado que la actuación de la hoy recurrente en el desarrollo de la referida póliza de seguro de decesos suponía una conducta restrictiva de la competencia que constituye un supuesto de abuso de posición de dominio de los incluidos en el artículo 6 de la LDC, sobreseyéndose, en cambio, el expediente respecto del Cabildo, por entender que no habían sido acreditadas las infracciones denunciadas.

En concreto el SDC no vio obstáculo legal para que el Cabildo hubiera decidido proporcionar a los habitantes de la Isla un seguro de decesos, por considerar que ello aumenta el bienestar de la población. Además, se subrayaba que esta decisión se había ejecutado correctamente puesto que se había cumplido la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto a concurrencia y pluralidad de partes y transparencia, sin que, ni en el contrato ni en los documentos anexos, figurasen cláusulas que pudieran considerarse restrictivas de la competencia; a cuya vista el Servicio llegó a la conclusión de que procedía el sobreseimiento parcial del expediente al no haber quedado acreditadas las actuaciones denunciadas.

Sin embargo con respecto a la hoy recurrente, SDC consideró acreditado que su actuación constituía un abuso de posición de dominio que suponía:

- 1º) Condicionar la participación de las funerarias en la prestación de servicios a sus asegurados a la firma de unos contratos de colaboración, lo que ha conllevado un trato discriminatorio para terceros, en concreto para SERVICIOS ESPECIALES LA GOMERA.
- 2º) Un reparto de mercado de los servicios funerarios de La Gomera entre las empresas firmantes en los contratos de colaboración.
- 3º) Una fijación de precios a las empresas firmantes de los contratos, eliminando la competencia en precios de gran parte de los servicios funerarios.

Finalmente, tras las alegaciones de las partes (MAPFRE alegaba que no gozaba de una posición de dominio, tampoco se había acreditado que la competencia en el mercado de seguros de decesos se hubiese deteriorado y, en cualquier caso, no había existido abuso de una posición de dominio ya que, de una parte, todas las empresas que operaban en la isla podían prestar sus servicios a MAPFRE y de hecho así lo hacían, tuviesen o no contrato, y de otra, las empresas no han sido discriminadas, ya que la única diferencia es el sistema de pago de los servicios, pero los beneficiarios siempre pueden dirigirse a una funeraria no concertada, amén de hacer hincapié que la ahora codemandada no sólo no había sido expulsada del mercado sino que venía realizando un número de servicios muy similar tras la adjudicación de la póliza por el Cabildo así como que, finalmente, no podía calificarse abusivo el precio aplicado por los servicios, se aplica por igual a todos los proveedores de servicios funerarios), se dicta por el Tribunal de Defensa de la Competencia la resolución que constituye el objeto de la presente impugnación y en la que figura una relación de

"HECHOS PROBADOS

quot;, de la que destacamos los siguientes:

1º) En su reunión de 7 de agosto de 2001, el CABILDO decide contratar una póliza de seguro de decesos para todos los vecinos de La Gomera, incluyendo aquellos que fallecen fuera de la isla. Dado el importante volumen de población residente ausente, buena parte de los vecinos censados en La Gomera fallecen fuera de la isla, fundamentalmente, en hospitales de Tenerife. También hay personas que constan en los registros especiales de los municipios de La Gomera que fallecen en el extranjero, en especial en Venezuela.

2º) El 18 de marzo de 2002 se firma con el Cabildo un contrato administrativo por un año, prorrogable hasta un máximo de tres para garantizar una cobertura de seguro que permita al Cabildo atender al pago de los gastos correspondientes a la prestación del servicio fúnebre a los asegurados, debiendo el asegurador, en este caso MAPFRE GUANARTEME, reembolsar a los herederos legales el importe de los gastos reales, sujeto a ciertos límites. En particular, se fijó una suma asegurada promedio de 1.502,53 euros, pudiendo establecerse determinadas mejoras. Por otra parte, el asegurador cederá al Cabildo un 50% de beneficio técnico de la póliza, correspondiendo al Cabildo también establecer los criterios de calidad asistencial.

3º) Con posterioridad a la firma del contrato el Cabildo publicitó entre la población el seguro de decesos con MAPFRE GUANARTEME, que garantiza las prestaciones propias del sepelio y asesoramiento post-mortem a los familiares. Todos los trámites posteriores a la defunción son competencia exclusiva de MAPFRE (folio 40). Una vez ocurrido el fallecimiento del asegurado, los familiares se ponen en contacto con MAPFRE a través de un teléfono de atención al cliente 24 horas y es la aseguradora quien pasa la información del expediente al Gestor de Asistencia (GEAS), persona física contratada por MAPFRE que facilita a la familia todos los trámites.

4º) El objeto del contrato entre MAPFRE GUANARTEME y la empresa de servicios funerarios es la prestación del servicio funerario a favor de los asegurados. MAPFRE GUANARTEME tiene contrato con Funeraria Nuestra Señora de Santa Catalina y Funeraria Nuestra Señora de Lourdes, ambas establecidas en La Gomera. Tiene también contrato con funerarias establecidas fuera de la isla. De ellas, la que presta la mayoría de los servicios es Servicios Funerarios Santa Cruz, que en algún momento ha

sido absorbida por Inversiones Funerarias Reunidas (folio 933).

El contrato incluye una lista con los precios de los distintos servicios, obligándose MAPFRE a pagar, en el plazo de 30 días, las facturas que le presenten las funerarias, pagándose directamente si tiene un contrato de colaboración con MAPFRE y, en cambio, en el caso de solicitar los servicios de una funeraria no colaboradora, será la familia quien deba pagar los gastos y luego podrá solicitar su reembolso.

De las facturas aportadas a solicitud del Servicio (folios 291 a 521) se constata que MAPFRE ha pagado con cargo a la póliza directamente a aquellas funerarias con las que mantiene contrato, esto es, Funeraria Nuestra Señora de Santa Catalina, Funeraria Nuestra Señora de Lourdes y Servicios Funerarios Santa Cruz. También lo ha hecho en el caso de un servicio prestado desde la isla del Hierro por la Funeraria Valverde, con la que no consta que tenga contrato de prestación de servicios.

En otros casos la hoy recurrente procedió al reembolso a las familias de determinadas cantidades por los servicios prestados por empresas de servicios de pompas fúnebres, en particular, por la ahora codemandada (Servicios Especiales La Gomera), Funeraria Teide, Atriun, etc. A diferencia de lo que sucede en el caso de las funerarias colaboradoras, el plazo de cobro para las familias ha sido superior a 30 días, siendo lo habitual que se demore varios meses.

5º) Expirado el periodo de vigencia del contrato firmado por MAPFRE y el Cabildo se convocó un nuevo concurso que, primero, fue declarado desierto por no reunir ninguno de los licitadores las condiciones mínimas exigidas en los Pliegos, ante lo cuál el Cabildo resolvió el 5 de agosto de 2005 incoar con carácter urgente un expediente de contratación que terminó por adjudicarse a MAPFRE GUANARTEME por ser la única que presentó oferta.

6º) Según los datos aportados por la interesada el número total de expedientes tramitados a través de la póliza fue el siguiente:

Año 2002	56 expedientes
Año 2003	145 expedientes
Año 2004	167 expedientes
Año 2005 (hasta septiembre	163 expedientes

2. La actora alega en su demanda, en primer lugar, la inexistencia de posición de dominio en el mercado relevante de seguros de decesos; en este sentido manifiesta: a) que no es la única operadora en el mercado ya que existen seis operadores en este mercado en la isla de La Gomera; b) que no es la que más pólizas en vigor tiene en el mercado ya que otras dos entidades, OCASO y LA CORONA, superan ampliamente el número de pólizas que MAPFRE tiene suscritas; c) la póliza suscrita con el Cabildo es el resultado de dos concursos públicos, a los que cualquier entidad aseguradora podía haber concurrido caso de haberlo estimado conveniente a través del proceso correspondiente de licitación; d) la evolución de la contratación de pólizas en los ejercicios 2003 y 2004 supone, en algunos casos, un aumento de las pólizas contratadas, como en el caso de la entidad Santa Lucía que aumentó su contratación en un 10% y en otros casos se ha producido tan sólo un leve descenso de las pólizas (-3%, -6% y -8%).

En segundo lugar, sostiene la recurrente la inexistencia de abuso de posición de dominio en el mercado de seguros funerarios, esto es, niega se haya producido una conducta anticompetitiva basada en su situación de prevalencia. En tal sentido pone de relieve que son numerosas las empresas funerarias (entre ellas la propia codemandada) que han prestado los referidos servicios sin haber suscrito dicho contrato con MAPFRE; tampoco, de otra parte, se ha discriminado a las empresas que no han firmado el contrato de colaboración, ya que la única diferencia entre unos y otros proveedores es el sistema o fórmula de pago de los servicios prestados; subraya, finalmente, que no existe prueba alguna que demuestre que haya alguna funeraria que haya desaparecido del mercado sino que incluso, y con respecto a la codemandada, se comprueba que la misma viene realizando un número de servicios muy similar tras la adjudicación de la póliza por el Cabildo a MAPFRE que antes de tal adjudicación.

Finalmente la demandante alega que en ningún caso la firma de contrato de referencia conlleva la aceptación de unos precios por las empresas funerarias sino que los referidos precios son determinados por el hecho de que los servicios en cuestión son solicitados por MAPFRE para cumplir sus obligaciones como aseguradora derivadas de los contratos de seguro suscritos con sus tomadores/asegurados y, por tanto, la relación "coste del servicio-prima abonada por el tomador del seguro" debe ser la misma donde quiera que deban prestarse dichos servicios, motivo por el que los mismos no son negociados individualmente pero sí determinados en el contrato y aceptados por el proveedor, mediante la suscripción del mismo pero sin que, en ningún caso, exista diferencia respecto de los proveedores de servicios funerarios que suscriben el mencionado contrato ni se condicione la prestación del servicio de las funerarias que no deseen suscribir contrato, dado que las mismas cobrarán sus servicios directamente de los familiares del fallecido a quienes MAPFRE reintegrará los gastos pertinentes hasta el importe máximo establecido en la póliza de seguro.

El Abogado del Estado, remitiéndose a los argumentos empleados por el Servicio y por el Tribunal de Defensa de la Competencia sostiene que la firma del contrato con el Cabildo otorga una posición de dominio que no ostentaba en la Isla y que justifica la restricción a la hora de considerar como mercado relevante el mercado de seguro de decesos de la isla de La Gomera. Por otra parte, considera también la existencia de abuso de posición dominante a la vista de los contratos firmados con las empresas funerarias y teniendo en cuenta el trato discriminatorio para con terceros, al fijarse el mismo precio para todas las empresas funerarias colaboradoras, arbitrando un reparto de los servicios funerarios en La Gomera, sin que, a su juicio, exista justificación jurídica o económica.

Por su parte la codemandada hace suyos los argumentos expuestos por el Abogado del Estado en su correlativo escrito de contestación.

3. El fondo de la controversia se centra, en suma, en determinar si existió o no la infracción administrativa de abuso de posición dominante que tipificaba el artículo 6 LDC de 1989 y, en correlación con ello, si resulta procedente la sanción impuesta a la recurrente por el Tribunal 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), disponía:

"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 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. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado. Criterios éstos expuestos por la ya citada sentencia de 8 de mayo de 2003 del Tribunal Supremo y a cuya luz debe examinarse la conducta imputada a la actora por la resolución sancionadora dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia a cuyo fin procede examinar primeramente los elementos objetivos que configuran el tipo de la infracción imputada (a saber, mercado relevante, posición de dominio y abuso de la misma), en segundo lugar el tipo subjetivo (o voluntariedad de la conducta) para, en último término, valorar la pertinencia, o no, de la sanción impuesta (SAN de 26 de septiembre de 2005).

4. El TDC en su resolución establece la delimitación del mercado relevante desde la perspectiva del producto y describe al efecto dos mercados diferentes pero conexos, a saber: el de los seguros de decesos en el que MAPFRE GUANARTEME realiza su actividad principal y el mercado de la prestación de servicios funerarios, circunscribiendo ambos, desde el punto de vista geográfico, en el presente caso a la isla de La Gomera. A lo que se opone la parte actora alegando que opera únicamente en el mercado de seguros de decesos, y no directamente en el de los servicios funerarios, por lo que eventualmente sólo en aquél sería donde pudiese tener posición

de dominio, añadiendo a lo anterior que, como principio general, el mercado del seguro de decesos es nacional.

Al respecto cabe considerar que, si bien en diversos precedentes, nacionales y comunitarios, se ha venido considerando que, por lo general, los mercados de seguros tienen una dimensión nacional, en atención a las peculiaridades regulatorias y de muy diverso orden que existen, en el presente caso se da una circunstancia determinante del análisis de las condiciones de competencia, como es la póliza suscrita por MAPFRE con el Cabildo de La Gomera como resultado de dos concursos públicos, a los que no obstante haber podido concurrir caso de haberlo estimado conveniente a través del correspondiente proceso de licitación cualquier otra entidad aseguradora, lo cierto es que la adjudicación supuso una modificación de la estructura de oferta y de las condiciones de demanda en ese ámbito territorial circunscrito a la isla de La Gomera.

En definitiva, y contrariamente a lo alegado por la recurrente, sí tenía posición de dominio, por el hecho de haber ganado una situación de exclusividad mediante una licitación pública, merced a la intervención administrativa del Cabildo Insular que hizo que las condiciones en las que competían las empresas de seguro de decesos en La Gomera no fueran homologables a las que se dan en el resto del territorio nacional.

5. Continuando con el examen de los elementos que conforman el tipo objetivo de la infracción imputada, debe analizarse ahora si ha existido, o no, abuso de posición de dominio en los términos del artículo 6º LDC. A estos efectos, la resolución sancionadora entiende que sí existió abuso de posición de dominio de la actora consistente, según afirma, "en condicionar la participación de las funerarias en la prestación de servicios a sus asegurados a la firma de unos contratos de colaboración, lo que ha conllevado un trato discriminatorio para terceros, al tiempo que ha fijado los precios a las empresas funerarias colaboradoras y ha articulado un reparto de los servicios funerarios de La Gomera entre ellas", con la importante puntualización de que refiere todo ello no a su posición de concurrente en el mercado de seguros de decesos (por tanto, el objeto no es, para la resolución impugnada, determinar si las condiciones de competencia en este mercado de seguros se han visto deterioradas con la decisión administrativa de adjudicar en exclusiva un contrato de seguro de decesos con cobertura para todos los habitantes de la Isla), sino a otra posición que, aunque relacionada con lo anterior, es bien distinta de aquella, cual es la posición de la hoy actora "como demandante en el mercado de servicios funerarios".

Y, desde la óptica analizada, considera que existe abuso de posición de dominio en virtud de un triple orden de razones: en primer lugar y genéricamente, entiende que existe discriminación porque, sostiene, las empresas funerarias que no firman contratos de colaboración (en los que se pacta un sistema de reparto del mercado y se acatan los precios que la recurrente determina por los servicios) "se ven discriminados porque deben soportar unas condiciones de gestión y de pago mucho más gravosas"; en segundo lugar, desarrolla parcialmente la idea anterior en lo que concierne al funcionamiento del sistema de reparto y de fijación de precios (cuya conjunción supondría una suerte de "cierre del mercado") afirmando que las empresas funerarias que han firmado los contratos de colaboración "han prestado servicios fundamentalmente en las correspondientes zonas" y que la propia recurrente reconoce la fijación de los precios por los servicios "cuando dice que lo que pretende con ello es que la relación entre coste del servicio y prima abonada por el tomador del seguro sea la misma donde quiera que deban prestarse los servicios"; en tercer lugar, concreta, también dentro de la genérica discriminación que imputa a la actora, las condiciones de gestión y pago más gravosas en el hecho de que perjudica tanto a los usuarios que

no acuden a empresas funerarias concertadas como a aquellas empresas que no acepten firmar el pacto, ya que los usuarios "que opten libremente por una funeraria de las "no colaboradoras" no disponen de una información clara sobre cuáles son sus derechos y el procedimiento de reembolso" y, además, se "les obliga a adelantar el importe de los servicios durante un plazo, en el mejor de los casos muy significativo" y, respecto de las empresas funerarias, que retrasa sensiblemente el pago respecto de las que no están concertadas.

6. Debemos examinar la conducta de la recurrente a la luz de esta triple valoración para determinar si efectivamente es predicable, pues, de la misma la triple imputación que se le hace y, en consecuencia, si la misma es constitutiva de abuso de posición de dominio en los términos del artículo 6º LDC. A tal fin, cabe ponderar lo siguiente:

- En términos generales, ninguna discriminación aprecia esta Sala por el hecho de que la recurrente ofrezca a las empresas de servicios funerarios un contrato de colaboración para la prestación del mismo en relación con el seguro de decesos que constituye la actividad propia de la actora. En efecto, el contrato de colaboración no es, en sí, discriminatorio porque (sin entrar ahora en los aspectos concretos que conforman la segunda y tercera de las imputaciones) no contiene pacto de exclusividad de ningún tipo y, mucho menos, cláusula de exclusión en virtud del cual las empresas funerarias que no suscriban dicho convenio de colaboración no podrán prestar el servicio o, caso de prestarlo, no se verán reintegradas por MAPFRE GUANARTEME. Por tanto, en sí mismo considerado, el contrato de colaboración no es sino un instrumento jurídico para una mejor y más eficaz prestación por la recurrente de la actividad que le es propia (aseguramiento de decesos) cuando concurren las circunstancias que constituyen el siniestro objeto de cobertura, fijando un mecanismo más ágil y de mayor celeridad para todas aquellas empresas funerarias que, libremente, quieran suscribir dicho convenio, pero sin imponer a ninguna la firma del mismo, ni excluir del sistema a la que no lo firme. Y difícilmente podrá considerarse discriminatorio un convenio que, presidido por el principio de total libertad en la contratación, busca la agilidad en el funcionamiento de las empresas suscriptoras del mismo (la aseguradora y la de servicios funerarios) en beneficio del destinatario último que, también libremente, se acoge al mismo cuando, como aquí acontece e inmediatamente se verá, no excluye a las empresas funerarias que no quieran suscribir dicho convenio.

- No podrá hablarse de cierre de mercado por el hecho cierto de que, dentro de las empresas funerarias suscriptoras del convenio de colaboración, exista un "sistema de reparto de mercado" y una hipotética "fijación de precios". Y ello es así, con carácter prioritario, porque dicho "reparto de mercado" y "fijación de los precios" no afectan a las empresas de servicios funerarios que no hayan suscrito el convenio de colaboración, que podrán dirigirse a MAPFRE GUANARTEME con toda libertad desde cualquier lugar del ámbito territorial objeto de cobertura y fijar libremente por la prestación de sus servicios el precio que consideren conveniente, que la actora deberá satisfacer al usuario final siempre y cuando esté dentro de los límites cuantitativos y cualitativos de la cobertura del seguro; por tanto, contrariamente a lo que se sostiene en la resolución impugnada (y ello es lo fundamental aquí), tal distribución de mercado y fijación de precios no concierne a las empresas de servicios funerarios que no hayan suscrito el convenio, por lo que difícilmente puede hablarse de discriminación respecto de las mismas, materia en la que yerra -al incidir en la confusión de aplicar a las empresas que no han suscrito el convenio de colaboración las ideas de reparto de mercado y fijación de precios, cuando no son predicables de las mismas- la resolución del, entonces, Tribunal de Defensa de la Competencia.

A lo anterior, todavía cabe añadir, ya en relación a las empresas de servicios funerarios, que efectivamente suscribieron el convenio de gestión, que el llamado "reparto de mercado" en la resolución impugnada se ajusta (como se reconoce expresamente en la misma) a las áreas operativas normales de las empresas de servicios funerarios que firmaron dicho convenio (esto es, no sólo no constituye una imposición de la recurrente sino, antes bien al contrario, supone dar facilidades en el convenio de colaboración a las empresas de servicios funerarios) y la mal llamada fijación de precios no es tal, porque la resolución sancionadora olvida que el "precio del seguro" (prima) no es completamente libre, sino que, presidido por principios de técnica actuarial, tiene que venir constituido por una serie de elementos necesarios impuesto imperativamente por la norma (artículos 76, 77 y 79 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre), de modo que cobra pleno sentido la afirmación que la propia resolución impugnada imputa a la recurrente cuando dice que lo que esos precios reflejan "es que la relación entre coste del servicio y prima abonada por el tomador del seguro sea la misma donde quiera que deban prestarse los servicios" o, lo que es lo mismo, no existe imposición unilateral por la entidad aseguradora recurrente a la empresa prestadora de los servicios funerarios del precio del coste del servicio funerario sino un pacto, reflejado en el convenio de colaboración, en el que se busca para el tomador del seguro, dentro del ámbito territorial de cobertura, un tratamiento no discriminatorio entre precio de servicio y prima de seguro.

- Tampoco la razón de que a las familias que optan libremente por una empresa de servicios funerarios que no ha suscrito el contrato de colaboración "les obliga a adelantar el importe de los servicios" y que el reembolso del importe satisfecho exige un período sensiblemente superior son razones consistentes. En cuanto al primero de los aspectos (anticipo del precio) porque, como correctamente sostiene la resolución impugnada, son las propias familias las que optan libremente por una u otra empresa de servicios funerarios y, como acontece en cualquier otra actividad del sector económico de prestación de servicios, si el prestador de servicios no tiene un convenio en virtud del cual otra empresa se hace cargo directamente del pago del precio (en nuestro caso, la entidad aseguradora), será la familia que haya contratado la prestación del servicio la que deberá abonar el precio de dicho servicio en este caso a la empresa funeraria por la que ha optado, obviamente con todas las consecuencias inherentes a esa opción, entre ellas justamente la necesidad de satisfacer el precio, que luego podrá reintegrarse con arreglo a la cobertura pactada en el contrato de seguro y en los términos estipulados en el mismo. Lo mismo acontece con que el lapso de tiempo necesariamente ha de ser mayor, ya que mientras que en el caso de que el servicio sea prestado por una de las empresas firmantes del convenio de colaboración están previamente determinados en dicho convenio todos los aspectos conducentes a la fijación de la indemnización a satisfacer por la entidad aseguradora (lo que permite una mayor celeridad y simplicidad en el abono de aquella), en el caso de que se contrate una empresa no suscriptora del convenio, necesariamente la entidad aseguradora deberá proceder a comprobar el importe satisfecho, recabar la factura y demás documentación precisa y comprobar que los servicios por lo que se ha satisfecho el precio en cuestión están cubiertos por la póliza, para poder determinar la indemnización procedente, lo que exige una serie de trámites procedimentales (lógicamente ausentes en la primera opción) que suponen comparativamente un mayor lapso temporal para el abono de la indemnización; ello no constituye una actuación discriminatoria, sino que se deriva directamente de la opción libre de las familias por la empresa de servicios funerarios que consideran pertinente y de la

virtualidad del convenio para la mejor prestación del servicio, también libremente suscrito por las empresas funerarias que voluntariamente quisieron hacerlo.

La conclusión de todo lo anterior es que, a juicio de la Sala, no concurren los elementos que integran el tipo objetivo de la infracción de abuso de posición de dominio subsumible en el artículo 6º LDC, lo que, por lo demás, nos excusa del análisis de la voluntariedad o tipo subjetivo de la infracción.

7. De lo anterior deriva la procedencia de estimar el presente recurso con la paralela anulación de la resolución administrativa impugnada por su disconformidad a derecho.

No se aprecian 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:

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad MAPFRE GUANARTEME, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 28 de junio de 2007, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho, con sus inherentes consecuencias legales.

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.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso Administrativo. Doy fe.

Voto particular

que formula la Ilma. Sra. Magistrada D^a Concepción Mónica montero Elena a la sentencia dictada en el procedimiento ordinario 287/2007, al que se adhiere D. José María del Riego Valledor

Se centra mi discrepancia con la decisión adoptada por la mayoría, que en todo caso acato y respeto, en la concreta valoración de la prueba realizada a partir de los elementos fácticos recogidos en el expediente administrativo.

Comparto el análisis teórico sobre las normas de aplicación.

Efectivamente, el artículo 6 de la Ley 16/1989, en la redacción aplicable, dispone:

"Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

1.- De su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2.- 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."

Concretamente es de resaltar, en lo que ahora interesa, el contenido del apartado 2 a) y d) de artículo 6 .

Hemos de partir de la concreta imputación que se realiza a la sancionada por el TDC:

1.- condicionar la participación de las funerarias en la prestación de servicios a sus asegurados a la firma de unos contratos de colaboración, con la consecuencia de un trato discriminatorio para terceros, y

2.- fijación de precios y reparto de mercado a las empresas colaboradoras.

Comparto con la mayoría que, efectivamente, existe una posición de dominio en el mercado ostentada por la recurrente como consecuencia de un contrato administrativo firmado con el Cabildo, que decidió contratar una póliza de seguros de decesos para todos los vecinos de La Gomera. Comparto, igualmente, los criterios de delimitación del mercado aplicados por el TDC para determinar la posición de dominio.

La discrepancia surge en relación a la concreta conducta realizada por la actora y su relevancia jurídica.

Entiendo probado, como recoge la Resolución impugnada, que la recurrente celebró contratos de colaboración con dos funerarias de la Isla, y otra ubicada en Santa Cruz de Tenerife, que tenían por objeto la prestación de los servicios funerarios a los asegurados. En estos contratos, la actora se compromete a proceder al abono en el plazo de 30 días al pago de las facturas presentada por la empresa funeraria, sin que los familiares hayan de hacer pago alguno, mientras que si la funeraria no es colaboradora, la familia ha de realizar el pago, que posteriormente le será reintegrado por la recurrente, quedando constatado que el tiempo de reembolso, en estos casos, ha excedido de 30 días, siendo lo habitual una demora de varios meses e incluso un año.

En mi opinión tal comportamiento es subsumible en los apartados a) y d) antes transcritos: la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativo y 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.

Efectivamente, entiendo que desde el punto de vista de los usuarios de los servicios funerarios, se les ha impuesto una condición no equitativa desde dos aspectos, la obligación del abono de los gastos, y la tardanza en el reembolso. No se trata pues, como sostiene la mayoría, de que los acuerdos de colaboración sean discriminatorios, sino precisamente las distintas condiciones a las que se somete la prestación del mismo servicio respecto de los clientes de funerarias colaboradoras y no colaboradoras. Y si alguna justificación pudiera tener - algo dudoso por otra parte-, que el pago solo se realice directamente a las funerarias colaboradoras, desde luego no existe justificación alguna para una demora de reembolso a los familiares de varios meses y en algún caso, incluso un año.

En cuanto, respecto de las funerarias no colaboradoras, se trata de someter prestaciones equivalentes a distintas condiciones, pues mientras que a las colaboradoras se les abonan los servicios directamente, los clientes de las empresas no colaboradoras han de abonar los gastos para después reclamarlos. Tales circunstancias suponen una clara desventaja para las empresas no colaboradoras, cuyos clientes ha de verse sometidos a una prestación del servicio más gravosa en cuanto ha de realizar un pago y posteriormente reclamar el mismo, con las demoras antes señaladas. Y precisamente el gravamen de esta opción por una empresa no colaboradora es la que la coloca en una posición de desventaja competitiva.

Estas condiciones no encuentran justificación, en los términos en que se han establecido, ni en cuanto a la necesidad de comprobación de los gastos ni de la mejor prestación del servicio.

En cuanto a la segunda cuestión, fijación de precios y reparto del mercado, la

imputación no es en relación a las entidades no colaboradoras, sino a las colaboradoras, y ambas conductas suponen una infracción del artículo 6.2 a) de la Ley 16/1989 .

Las propias funerarias colaboradoras y la actora han reconocido la fijación de precios. En cuanto a la mecánica de distribución del mercado, se produce a través de la asignación a las empresas colaboradoras de los servicios que hayan de prestar a los clientes que los solicitan de la aseguradora. Un sistema de pólizas no justifica una fijación precios ni un reparto de mercado. Podrá establecerse un precio máximo cubierto por la póliza para el usuario del servicio, pero ello no autoriza ni a impedir la competencia a la baja de precios ni al abono de un precio mayor aún cuando del mismo solo se cubra hasta el máximo asegurado. El contrato de seguros en cuanto a la cuantía asegurada afecta a los derechos y obligaciones de las partes, pero no puede desplegar su eficacia sobre el precio de la prestación del servicio, y por ello, una incidencia de la aseguradora en la fijación del precio del servicio supone una conducta anticompetitiva.

Tampoco el reparto del mercado se justifica por el aseguramiento. El reparto equitativo entre las empresas colaboradoras de los servicios demandados, supone un reparto del mercado y la restricción de la competencia en cuanto a precios, calidad del servicio..., esto es, las entidades colaboradoras no se ven forzadas a una competencia entre ellas, porque, en cualquier forma, se le asignarán los servicios por igual. Por otra parte la exclusión de tal reparto de las empresas no colaboradoras, de manera injustificada, supone someter las relaciones contractuales a condiciones desiguales que, al no estar justificadas, suponen una discriminación.

Por las razones expuestas entiendo que la actora incurrió en una conducta contraria a la libre competencia, en cuanto abusó de su posición de dominio, y, en consecuencia entiendo que la decisión del TDC es ajustada a Derecho en cuanto así lo declaró y sancionó.