

Declara el TS que no pueden considerarse como prácticas anticompetitivas las que no se hubiesen producido sin la intervención de los funcionarios de la CNMC en el curso de una inspección

Con estimación del recurso deducido, la Sala revoca la sentencia que condenó a la recurrente con una sanción de multa de más de medio millón de euros por la comisión de la infracción de abuso de posición de dominio del art. 2.2 c) de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en denegar a una empresa de servicios funerarios unas salas velatorias de la que la sancionada era titular. Resuelve la Sala si entre las potestades de inspección que tienen el personal de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia, se encuentra la posibilidad de ordenar a la denunciante de los hechos la grabación, en presencia de dicho personal, de llamadas a la denunciada con la finalidad de acreditar los hechos denunciados.

Al respeto declara el Tribunal que cuando, en el curso de una información reservada o de un expediente sancionador, los funcionarios de una Agencia estatal o autonómica de Defensa de la Competencia intervienen para propiciar y grabar una conversación telefónica en la que representantes de una empresa proponen a otra empresa competidora la prestación de un servicio inexistente o ficticio, la respuesta de denegación del servicio de la empresa competidora a esa propuesta engañosa e irreal no puede considerarse una práctica que tenga encaje en el tipo sancionador del art. 2.2 c) de la Ley de Defensa de la Competencia.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 3.ª

Sentencia 905/2023, de 03 de julio de 2023

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 7257/2021

Ponente Excmo. Sr. JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR

En Madrid, a 3 de julio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 7257/2021, interpuesto por ASV Funeser, S.L.U., representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Ortega Fuentes, con la asistencia letrada de D.ª Pilar Carrasco del Olmo, contra la sentencia de 1 de febrero de 2021, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en el recurso número 367/2018, sobre sanción por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, en el que han intervenido como partes recurridas Grupo Sur Gestiones Funerarias S.L., representado por la Procuradora de los Tribunales D.ª Claudia Lilian Rodríguez Prieto y la Junta de Andalucía representada y defendida por su Letrada.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó sentencia el 1 de febrero de 2021, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

"Que debemos estimar en parte el recurso interpuesto por ASV FUNESER, S.L. Sociedad Unipersonal ("ASV") representada por el Procurador Sr. Gordillo Alcalá y defendida por la Letrada Sra. Carrasco del Olmo contra resolución dictada por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía de 2 de mayo de 2018 en el Expediente ES-09/2016 que declara acreditada la comisión por parte de ASV de una infracción única y continuada del artículo 2.2 apartado c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") que se habría extendido desde el 3 de abril de 2014 e impone una multa que asciende a 521.044 euros por ser contraria al Ordenamiento Jurídico.

Se considera cometida una infracción grave que debe sancionarse con el 5% de volumen total de negocios de la empresa en los términos expuestos en el fundamento noveno de esta sentencia.

No se condena en costas."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentaron escritos de preparación del recurso de casación por las representaciones procesales de la Junta de Andalucía y de ASV Funeser, S.L.U., y la Sala de instancia, por auto de 7 de octubre de 2021, tuvo por preparados los recursos por las indicadas representaciones, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección 1.ª de esta Sala Tercera dictó auto de 20 de abril de 2022, con entre otros los siguientes pronunciamientos:

"1.º) Inadmitir el recurso de casación 7257/2021 preparado por la representación procesal de la Junta de Andalucía contra la sentencia de 1 de febrero de 2021, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso n.º 367/2018, con imposición de costas a la citada parte recurrente en los términos señalados en el primer párrafo del fundamento jurídico tercero de la presente resolución.

2.º) Admitir a trámite el recurso de casación 7257/2021 preparado por la representación procesal de ASV Funeser, S.L., Sociedad Unipersonal contra la sentencia de 1 de febrero de 2021, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso n.º 367/2018.

3.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si entre las potestades de inspección que los artículos 27 de la Ley 3/2013 y 13 del Real Decreto 261/2008 atribuye al personal de la CNMC, se encuentra la posibilidad de ordenar a la denunciante la grabación, en presencia del funcionario de la CNMC, de llamadas telefónicas a la denunciada con la finalidad de acreditar los hechos denunciados."

CUARTO.- Por la representación de ASV Funeser, S.L.U., se presentó escrito de interposición del recurso de casación, en el que alegó que la sentencia impugnada había incurrido en las siguientes infracciones del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia: i) infracción de los artículos 27.2 de la Ley 3/2013 y 13 del RDC y la jurisprudencia sobre la práctica de inspecciones en materia de competencia, vulnerando gravemente el derecho de defensa de la recurrente, ii) infracción del artículo 24 CE y 218 LEC al apreciar una violación del artículo 2.2.c) LDC sin entrar a valorar la prueba pericial admitida y practicada y iii) infracción del artículo 63.1 LDC en relación con el artículo 64 LDC y del principio de la *reformatio in peius*

Tras la exposición de las infracciones apreciadas en la sentencia impugnada, la parte recurrente señaló que la pretensión que deduce en el presente recurso tiene por objeto la estimación del mismo, mediante sentencia en la que se dé respuesta a la cuestión suscitada por el auto de admisión, así como al resto de cuestiones planteadas en su escrito, con los siguientes pronunciamientos:

(i) Declare haber lugar al recurso de casación y, en su virtud, case y anule la sentencia, dando respuesta a la cuestión suscitada por el auto de admisión en el sentido indicado en el apartado primero de este escrito, así como al resto de cuestiones planteadas en el mismo.

(ii) En su lugar, estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Consejo de la ADCA de 2 de mayo de 2018 en el expediente ES-09/2016.

QUINTO.- Se dio traslado a las partes recurridas, para que manifestaran su oposición, lo que verificó la Junta de Andalucía por escrito de 23 de septiembre de 2022, en el que alegó que procedía la desestimación: i) del primer motivo del recurso de casación por no haber incurrido la sentencia en infracción de los artículos 27 de la Ley 3/2013 y 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por RD 261/2018, ni de la jurisprudencia relativa a la práctica de inspecciones en materia de defensa de la competencia, ii) del segundo motivo del recurso, porque no se plantea una cuestión jurídica y no procede revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia para resolver la cuestión objeto de debate y iii) del tercer motivo del recurso, porque la sentencia de instancia no ha incurrido en infracción de lo dispuesto en el artículo 63.1 en relación con el artículo 64 de la LDC, ni vulnerado la prohibición de la *reformatio in peius*.

Finalizó su escrito esta parte solicitando a la Sala que desestime íntegramente el recurso de casación así como todas las pretensiones ejercitadas de contrario y, respecto de la cuestión planteada en el auto de admisión, postuló que se fije como doctrina que en el ámbito de la información reservada, a fin de verificar la realidad de los hechos denunciados, cabe realizar actuaciones distintas de las expresamente previstas en el artículo 27.2 de la Ley 3/2013, siempre y cuando las mismas resulten proporcionadas y ajustadas a la finalidad perseguida en dicha información reservada, entre las que se podría encontrar la realización de la llamada por el denunciante a la denunciada en presencia de la autoridad de la competencia.

Por diligencia de ordenación de 19 de septiembre de 2022 se tuvo a Grupo Sur Gestiones Funerarias S.L., por precluido en el trámite de presentación de escrito de oposición al recurso.

SEXTO.- Por providencia de 2 de noviembre de 2022 se acordó la celebración de vista pública que por providencia de 21 de febrero de 2023 se señaló para el día 13 de junio de 2023, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar, continuando el 20 de junio de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada y la resolución sancionadora de la que trae origen.

1.- Se interpone por la representación de la entidad ASV Funeser S.L., sociedad unipersonal, recurso de casación contra la sentencia de 1 de febrero de 2021, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso número 367/2018, que estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por dicha entidad contra la resolución del Consejo de Andalucía de 2 de mayo de 2018 (expediente sancionador ES-09/2016).

2.- Hacemos una referencia a los antecedentes de la sentencia impugnada, para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas.

La resolución del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía (CDCA) de 2 de mayo de 2018 consideró acreditado que la ahora parte recurrente, ASV Funeser S.L., había denegado a la empresa de servicios funerarios Grupo Sur Gestiones Funerarias S.L. los servicios de las siguientes salas velatorio de la que esta última era titular: en Nerja (Málaga) el 3 de abril de 2014, en Campillos (Málaga) el 19 de septiembre de 2014 y en Campillos y Loja (Granada) el 13 de noviembre de 2015.

Consideró la resolución sancionadora del CDCA que tales prácticas constituían una infracción única y continuada de abuso de posición de dominio, descrita en el artículo 2.2.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que calificó como infracción muy grave, que se extendió durante el período comprendido entre el 3 de octubre de 2014 y la fecha en que se dicta la resolución sancionadora a que hacemos referencia, en la que no apreció la concurrencia de circunstancias atenuantes ni agravantes y por la que impuso a la mercantil recurrente una sanción de multa por importe de 521.044 euros.

3.- Interpuesto por la entidad ASV Funeser recurso contencioso administrativo contra la anterior resolución, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 1 de febrero de 2021, impugnada en el presente recurso de casación, confirmó la fundamentación de la resolución sancionadora, salvo en lo relativo a la calificación de la infracción como muy grave, razonando, en síntesis, que no debía tenerse en cuenta que la empresa recurrente ejercía una posición próxima al monopolio local, sino que debía atenderse a la posición de la empresa en el marco más general del mercado nacional, cuya posición no estaba acreditada, por lo que calificó la infracción como grave y, en consecuencia, estimó en forma parcial el recurso, en el sentido de que la infracción grave debía sancionarse con el 5% del volumen total de negocios correspondiente al ámbito geográfico en el que se cometió la infracción, esto es, en la provincia de Granada y Málaga.

SEGUNDO.- La cuestión de interés casacional.

En los antecedentes de hecho hemos señalado que la Sección 1.ª de la Sala, en el auto de admisión a trámite del recurso, señaló que la cuestión que presentaba interés casacional en el presente recurso consiste en determinar si entre las potestades de inspección que los artículos 27 de la Ley 3/2013 y 13 del Real Decreto 261/2008 atribuye al personal de la CNMC, se encuentra la posibilidad de ordenar a la denunciante la grabación, en presencia del funcionario de la CNMC, de llamadas telefónicas a la denunciada con la finalidad de acreditar los hechos denunciados.

TERCERO.- Sobre el primer motivo de impugnación.

1.- También hemos hecho referencia en los antecedentes de hecho de esta sentencia a los motivos de impugnación hechos valer por la parte recurrente en su escrito de interposición del recurso.

En el primero de dichos motivos la parte recurrente denuncia la infracción por la sentencia impugnada de los artículos 27.2 de la Ley 3/2013, 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia y la jurisprudencia sobre la práctica de inspecciones en materia de competencia, con vulneración del derecho de defensa, dado que la prueba en la que la sentencia recurrida fundamenta la infracción imputada a la recurrente, en relación con la denegación de acceso a sus tanatorios, fue recabada en la inspección realizada por la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA) en clara extralimitación de las facultades de inspección conferidas por el ordenamiento jurídico a las autoridades de la competencia y sin respetar las garantías del sujeto inspeccionado.

Expone la parte recurrente que la inspección consistió en la personación de los funcionarios de la ADCA en las instalaciones de la empresa denunciante (Grupo Sur Gestiones Funerarias S.L.), a la que solicitaron realizar varias llamadas telefónicas a los tanatorios de la recurrente, pidiendo la prestación de servicios ficticios, dando incluso nombres de fallecidos que no existían. Añade que en ningún momento los inspectores se identificaron, anunciaron su presencia o informaron a los empleados de la recurrente que se estaba llevando a cabo una inspección, ni mostraron la orden de investigación, ni les informaron de sus derechos, ni de las vías de recurso, ni de las consecuencias de la opción de no colaborar con la labor inspectora de la ADCA.

Alega la parte recurrente que el artículo 27.2 de la Ley 3/2013 no recoge entre las potestades de inspección la posibilidad de que, como en este caso, las autoridades de competencia puedan ordenar al denunciante la realización de llamadas telefónicas ficticias al sujeto inspeccionado, solicitando

servicios no existentes, con la única finalidad, no de verificar los hechos denunciados, sino de provocar en ese momento la comisión de unos hechos nuevos que posteriormente se imputaran como constitutivos de una infracción a la entidad inspeccionada y proceder, además, a la grabación de esas conversaciones.

Cita la parte recurrente diversas sentencias de este Tribunal Supremo sobre, entre otras cuestiones, el contenido de las órdenes de investigación, la obligación del personal inspector de presentar la orden de investigación al sujeto inspeccionado, con carácter previo a la realización de la inspección, y la exigencia de que las inspecciones cuenten con el consentimiento del sujeto inspeccionado o, en su defecto, autorización judicial y señala que, en este caso, la ADCA se extralimitó en el ejercicio de las potestades de inspección que le atribuye el artículo 27.2 de la Ley 3/2013, al ordenar la realización de una actividad inspectora para la que no estaba facultada, que consistió en requerir a la denunciante la realización de llamadas telefónicas a la recurrente para la prestación de unos servicios ficticios, que fueron grabadas por los funcionarios de la ADCA y que se utilizaron posteriormente para imputarle la infracción que se le atribuye en la resolución recurrida.

CUARTO.- Sobre la concurrencia de cosa juzgada alegada por parte recurrida.

1.- En relación con las cuestiones que suscita el primer motivo de impugnación, la sentencia impugnada hace referencia (FD 3.º) a la sentencia del TSJ de Andalucía, de 26 de febrero de 2019 (recurso 550/2017), que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra ASV Funeser S.L. contra la resolución del CDCA de 13 de septiembre de 2017, que había inadmitido el recurso interpuesto contra la Orden de Investigación del director del Departamento de Investigación (DI) de la ADCA, de 3 de noviembre de 2015, las actuaciones inspectoras desarrolladas el 13 de noviembre de 2015, que se han citado en el FD 1.º, apartado 2.º, de esta sentencia y el pliego de concreción de hechos de 5 de junio de 2017.

La sentencia impugnada se remite a la sentencia precedente del propio tribunal, de 26 de febrero de 2019, para desestimar ahora los alegatos referidos a las diligencias practicadas en la fecha indicada de 13 de noviembre de 2015, razonando lo siguiente:

"En dicho recurso ha recaído sentencia desestimatoria (S. 26/2/2019) en la que se concluye con no ha existido indefensión para el actor por el dictado de la Orden de investigación ni por las pruebas entonces obtenidas. Nos remitimos a los razonamientos de aquella sentencia para desestimar ahora los alegatos referidos a dichas diligencias y sus eventuales defectos que, como dijimos, no han generado indefensión pues la parte desde la incoación del procedimiento sancionador ha conocido los hechos, las pruebas existentes y ha podido alegar al respecto."

2.- La representación de la Junta de Andalucía alegó en el acto de la vista que la indicada sentencia produce en este recurso los efectos de la cosa juzgada.

3.- Esta Sala viene distinguiendo dos planos diferentes en la proyección de la cosa juzgada de una sentencia firme sobre un proceso ulterior, de un lado la vinculación excluyente o negativa y de otro la vinculación positiva o prejudicial.

La vinculación negativa o excluyente de la cosa juzgada se da cuando se promueve un proceso cuyo objeto es jurídicamente idéntico al decidido por la sentencia recaída en un proceso anterior, y obliga a poner fin al segundo proceso apreciando la correspondiente causa de inadmisión, que exige para su apreciación la coincidencia de los sujetos, petitum y causa petendi. Ahora bien, es jurisprudencia reiterada de esta Sala, recogida entre otras muchas en las sentencias de 19 de julio de 2007 (recurso 3888/2004), 21 de mayo de 2012 (recurso 6950/2009) y 360/2022, de 22 de marzo (recurso 1588/2020), que "la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el proceso Contencioso-Administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el

segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente".

La vinculación positiva se produce cuando se promueve un segundo proceso, en el que no concurren los requisitos de identidad antes indicados, pero formen parte de su *thema decidendi* cuestiones decididas en sentencia firme anterior, y obliga a atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como indiscutible punto de partida.

4.- La Sala considera que la sentencia firme del TSJ de Andalucía de 26 de febrero de 2019 carece de proyección negativa y positiva en el presente recurso.

En cuanto a la vinculación negativa o excluyente, las resoluciones impugnadas son histórica y formalmente distintas, pues en el recurso finalizado por la sentencia firme de 26 de febrero de 2019 se impugnaron, como antes se ha indicado, la Orden de Investigación del director del DI de la ADCA, de 3 de noviembre de 2015, las actuaciones inspectoras desarrolladas el 13 de noviembre de 2015, y el pliego de concreción de hechos de 5 de junio de 2017, mientras que en el recurso contencioso administrativo de instancia se impugnó una resolución distinta, la dictada por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía el 2 de mayo de 2018, que puso fin al expediente sancionador ES-09/2016 con la imposición de una sanción de multa a ASV Funeser S.L.

Tampoco cabe apreciar la vinculación positiva o prejudicial de la sentencia firme anterior, que se limitó a declarar inadmisibles por extemporáneo el recurso administrativo respecto de la Orden de Investigación y a desestimar el recurso en relación con el pliego de concreción de hechos por tratarse de un acto de trámite, sin efectuar, por tanto, ningún pronunciamiento sobre el fondo del asunto y, en particular, sobre las actuaciones desarrolladas por el DI de la ADCA, de 13 de noviembre de 2013, cuya conformidad a derecho se debate en el presente recurso.

QUINTO.- La posición de la Sala sobre el primer motivo de impugnación.

1.- La sentencia impugnada asumió los hechos declarados probados por la resolución sancionadora del CDCA, que consideró acreditadas las prácticas siguientes por ASV Funeser S.L. (Hechos probados, apartado 4.º *"sobre las prácticas realizadas por la denunciada"*):

- Denegación el día 3 de abril de 2014 a Grupo Sur Gestiones Funerarias, S.L., de sala-velatorio en el tanatorio de Nerja (apartado 4.1 de los hechos probados de la resolución sancionadora).
- Denegación el día 19 de septiembre de 2014 a Grupo Sur Gestiones Funerarias S.L. de sala-velatorio en el tanatorio de Campillos (apartado 4.2 de los hechos probados de la resolución sancionadora).
- Denegación el día 13 de noviembre de 2015 a Grupo Sur Gestiones Funerarias S.L. de sala-velatorio en los tanatorios de Campillos y Loja (apartado 4.3 de los hechos probados de la resolución sancionadora).

2.- Nos detenemos ahora en el examen de la tercera denegación de la solicitud de servicios de sala velatorio, de fecha 13 de noviembre de 2015, que la sentencia impugnada, siguiendo en este punto a la resolución sancionadora, integra en la infracción continuada de abuso de posición dominante.

El director del DI de la ADCA dictó una Orden de investigación de 3 de noviembre de 2015, en el curso de la información reservada acordada el 7 de septiembre de 2015, con la finalidad de determinar con carácter preliminar si concurrían las circunstancias que justificaran la incoación de un procedimiento sancionador, en relación con los hechos denunciados por la representación de Grupo Sur Gestiones Funerarias S.L., sobre la denegación por ASV Funeser S.L. de utilización de sala-velatorio en los tanatorios de Nerja y Campillos en las fechas de 3 de abril de 2014 y 19 de septiembre de 2014, respectivamente.

La Orden de Investigación de 3 de noviembre de 2015 señaló que la negativa a la prestación de servicios objeto de investigación era *"difícil de constatar si no se está presente en el momento en el que la conversación se produce"*, por lo que consideró necesario llevar a cabo una actuación inspectora, en los términos siguientes:

"Verificar si, tras requerir D.^ª Berta, en su condición de representante de Grupo Sur, Gestiones Funerarias S.L. la prestación del servicio de velatorio a un tanatorio de Grupo ASV Funeser, le es denegado dicho servicio sin justificación alguna. La práctica de la actuación inspectora se desarrollará en las dependencias del Grupo Sur, Gestiones Funerarias S.L., sitas en (...), mediante la grabación por los funcionarios intervinientes de la conversación telefónica que D.^ª Berta mantenga a tal efecto. La actuación se desarrollará el día 13 de noviembre de 2015, sobre las 10.30 horas, previa comunicación y consentimiento de la interesada, en su propio nombre y como representante de Grupo Sur, Gestiones Funerarias S.L."

El día y la hora previstos, los funcionarios designados en la orden de investigación acudieron a las dependencias de Grupo Sur Gestiones Funerarias S.L., para llevar a cabo la actuación prevista en la citada orden. Allí entregaron a D.^ª Berta, representante de la indicada empresa, una copia de la orden de investigación, que fue firmada por D.^ª Berta, que aceptó voluntariamente realizar las llamadas telefónicas a que hacía referencia la orden de investigación, utilizando el sistema de manos libres, en presencia de los funcionarios de la ADCA, que procederían a grabar las conversaciones, prestando su consentimiento a la grabación.

En la resolución sancionadora se transcribió la grabación de las conversaciones telefónicas de solicitud de servicio de sala velatorio a los tanatorios de Loja y Campillos y de denegación del servicio. En la solicitud al tanatorio de Loja la representante del Grupo Sur Gestiones Funerarias S.L. indicó que el nombre de la persona fallecida era Romualdo y en la solicitud al tanatorio de Campillos la misma interlocutora indicó que no tenía en ese momento el nombre del difunto.

3.- En el período de prueba se unió a las actuaciones un informe emitido el 10 de junio de 2020 por D. Santos, Inspector Jefe de la Competencia de la ADCA, en el que en respuesta a las preguntas y repreguntas formuladas por las partes y declaradas pertinentes, manifestó que las llamadas telefónicas no se correspondían con peticiones de servicios de velatorio hechas a Grupo Sur Gestiones Funerarias (repregunta n.º 11) y las solicitudes de servicios efectuadas a ASV Funeser S.L. *"no se correspondían con la existencia de una persona fallecida"* (repregunta n.º 12).

Es decir, en esta tercera solicitud de servicios de sala velatorio a los tanatorios de Loja y Campillos, en la que intervinieron funcionarios de la ADCA que grabaron la conversación telefónica de solicitud, se solicitaron a los tanatorios de la recurrente unos servicios de vela en relación con una persona fallecida inexistente, de forma que se trataba de una petición ficticia o engañosa, que no correspondía en realidad a ninguna necesidad de los servicios demandados.

4.- Como hemos indicado, la sentencia impugnada, siguiendo en este punto a la resolución sancionadora, integró esta tercera denegación de servicios de sala tanatorio en la infracción continuada de abuso de posición dominante.

En efecto, no cabe duda de que para la sentencia impugnada esta tercera denegación constituyó una práctica de abuso de posición dominante, al igual que las otras dos prácticas anteriores que se consideraron también acreditadas.

Así resulta con toda claridad de los razonamientos de la sentencia impugnada, sobre la integración de esta tercera práctica, junto con las dos prácticas precedentes, en la apreciación de una infracción continuada. Dice la sentencia impugnada sobre esta cuestión (FD 9.º) que *"Las tres conductas concretas investigadas, y acreditadas constituyen una sola infracción."*

Y la idea de que la tercera práctica acreditada es una conducta prohibida por la LDC, que integra la infracción continuada de abuso de posición dominante, se mantiene también por la sentencia impugnada al declarar la inexistencia de prescripción:

"No existe, sin embargo, prescripción pues la conducta relevante para calificar la infracción como grave está constituida por la negativa del actor a unas prestaciones solicitadas en tres municipios distintos; así, se trata de una sola infracción, grave, y no de tres. Por lo que basta que una sola de ellas se haya producido dentro del plazo legal para su persecución... "

5.- Al contrario de lo mantenido en la sentencia de instancia, la Sala considera que esta tercera denegación de servicios de velatorio, de fecha 13 de noviembre de 2015, no puede ser calificada como una práctica infractora del artículo 2.2.c) de la LDC, porque se trata de una conducta inducida o propiciada por la ADCA y se basa en una ficción o engaño, como antes hemos indicado.

Debe recordarse, en este momento, que como has dicho muchas veces el Tribunal Constitucional en la sentencia 18/1981 y otras, *"los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo"*.

La Sala 2.^a de este Tribunal ha examinado en numerosas ocasiones la figura del delito provocado, así en sentencias de 21 de enero de 1997 (recurso 3502/1995), 27 de diciembre de 2001 (recurso 2263/2000), 19 de noviembre de 2009 (recurso 517/2009), 24 de abril de 2015 (recurso 1485/2014) y 1 de abril de 2019 (recurso 234/2018), entre otras. En dichas sentencias se perfila el delito provocado como el resultado de la actividad de dos sujetos, el agente provocador, normalmente un miembro o colaborador de los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado, que anima o incita al sujeto provocado a desarrollar una conducta delictiva, siendo lo esencial de esta figura la consideración de que la conducta delictiva no hubiera tenido lugar de no haber mediado la incitación realizada por el agente provocador.

La respuesta que la jurisprudencia de la Sala 2.^a de este Tribunal ofrece en los casos de delito provocado es la de considerar que la conducta inducida no llega a invadir la esfera penal y debe considerarse atípica.

6.- En nuestro caso, los hechos declarados probados en la resolución administrativa sancionadora que antes hemos examinado, hacen evidente que la denegación de servicios de sala velatorio de los tanatorios de Loja y Campillos por parte de la recurrente, de fecha 13 de noviembre de 2015, que tanto la resolución sancionadora como la sentencia impugnada calificaron de denegación injustificada de una solicitud de servicios tipificada en el artículo 2.2.c) de la LDC, no se habría producido de no mediar la intervención de los funcionarios de ADCA que acudieron a las dependencias de Grupo Sur Gestiones Funerarias el citado día 13 de noviembre de 2015 y convinieron con su representante en la realización y grabación de las llamadas telefónicas a los tanatorios de Loja y Campillos en solicitud de aquellos servicios.

7.- Debemos prestar especial atención en el presente caso al hecho constatado por el informe del Inspector Jefe de la Competencia de la ADCA, antes examinado, que señaló que los servicios de sala velatorio que propiciaron la denegación considerada una infracción de abuso de posición dominante no se correspondían con la existencia de una persona fallecida, es decir, la solicitud tenía por objeto unos servicios totalmente ficticios, pues no existía ninguna persona fallecida a quien velar, ni familiares y amigos para utilizar la sala velatorio, ni en realidad servicio funerario de ninguna clase, por lo que una negativa, en este contexto de ficción o engaño, se sitúa en el mismo plano de falta de realidad que la solicitud, sin que pueda entenderse que lesione ningún bien jurídico.

Por ello llegamos a la misma conclusión que las sentencias de la jurisdicción penal antes citadas, en el sentido de considerar que la práctica de denegación de servicios de sala velatorio en los tanatorios de Loja y Campillos del día 13 de noviembre de 2015 es una conducta atípica, que no cabe calificar como infractora del artículo 2.2.c) de la LDC.

8.- Los razonamientos anteriores llevan a la estimación del primer motivo del recurso de casación.

SEXTO.- Sobre el segundo motivo de impugnación.

1.- En su segundo motivo de impugnación, la parte recurrente alegó la infracción del artículo 24 CE y 218 LEC al apreciar una violación del artículo 2.2.c) de la LDC porque la sentencia impugnada no entró a valorar (ni siquiera mencionó) la prueba pericial admitida y practicada.

Se refiere la parte recurrente a los informes periciales en relación con los puntos señalados en el Otrosí segundo de su demanda relativos a:

i) la inexistencia de obstáculos técnicos, administrativos o económicos en los municipios de Nerja, Loja y Campillos que impidan la puesta en marcha de nuevas instalaciones de tanatorio que compitan con los tanatorios titularidad de la recurrente en dichas localidades.

ii) la existencia de un elevado nivel de competencia en los mercados funerarios de Nerja, Loja y Campillos, de manera que las conductas que se atribuyen a la recurrente en los referidos municipios en ningún caso podrían haber generado el riesgo de que se eliminase la competencia en los mercados funerarios de dichos municipios.

Para acreditar tales extremos la parte recurrente acompañó a su escrito de demanda, como documento número 1, el informe pericial emitido por el arquitecto D. Jose Ignacio sobre las condiciones establecidas por la normativa urbanística en los municipios de Nerja, Campillos y Loja con el fin de evaluar si en el año 2014 dicha normativa limitaba o no la construcción o apertura de nuevos tanatorios en cada una de dichas localidades y, como documento número 02, el informe pericial emitido por D. Carlos Miguel y D.^a Otilia, de la consultora RBB Economics, en relación entre otras cuestiones sobre la existencia de barreras de índole económico para la construcción y apertura de nuevos tanatorios en las indicadas localidades.

La Sala de instancia acordó en un primer momento, por auto de 6 de mayo de 2019, que no era procedente el recibimiento del recurso a prueba, si bien, recurrido en reposición dicho auto por ASV Funeser S.L., la Sala, por auto de 3 de junio de 2019, estimó el recurso de reposición, acordó el recibimiento a prueba del recurso y declaró pertinente la prueba pericial propuesta por la parte recurrente, con ratificación posterior a presencia judicial de los peritos en sus respectivos dictámenes.

SÉPTIMO.-La posición de la Sala respecto del segundo motivo de impugnación.

1.- Como indica la parte recurrente en este segundo motivo de impugnación, la sentencia impugnada no valoró ni hizo mención siquiera de los informes periciales.

2.- No puede considerarse que la prueba pericial propuesta por la parte recurrente carezca de trascendencia en relación con las pretensiones deducidas en el recurso contencioso administrativo. Además de haber sido declarada pertinente por resolución de la Sala de instancia, debe admitirse su relación con las cuestiones debatidas, en particular con la delimitación del mercado relevante efectuada por la resolución sancionadora.

La apreciación de la infracción de abuso de posición dominante del artículo 2 de la LDC exige, como presupuesto, que el operador económico declarado infractor ostente una posición de dominio o de poder económico en un determinado mercado, por lo que es de especial relevancia la definición del mercado de producto y geográfico de referencia y el estudio de la posición que la empresa imputada ostenta en el concreto mercado delimitado.

La resolución sancionadora dedicó a la delimitación del mercado relevante el apartado 3.º de los hechos probados, en el que concluyó que el mercado relevante era el de la prestación de servicios de tanatorio velatorio en los municipios de Nerja, Campillos y Loja, y en el Fundamento de Derecho Segundo explicó las razones por las que consideró que la recurrente tenía una posición de dominio en el referido mercado de referencia.

La parte recurrente expuso en el Fundamento de Derecho Segundo de su demanda las razones de su desacuerdo con la definición de la resolución del CDCA de los mercados afectados y la consideración de los tanatorios propiedad de la recurrente en los municipios de Nerja, Loja y Campillos como instalaciones esenciales, alegando para ello que existían otras alternativas potenciales a esos tanatorios y no existían, por el contrario y en contra de lo afirmado por la resolución sancionadora, barreras económicas normativas o económicas para la apertura de nuevos tanatorios en dichas localidades, apoyando sus alegaciones en la prueba pericial acompañada con la demanda y declarada permitente por la Sala de instancia.

3.- Una vez declaradas pertinentes las pruebas periciales propuestas por la parte actora y acompañadas a la demanda, y una vez admitida y practicada la diligencia de ratificación a presencia judicial de los peritos en sus dictámenes, la Sala de instancia debió afrontar la valoración de las pruebas periciales, de acuerdo con las reglas de la sana crítica

En relación con las cuestiones sobre las que versó la prueba pericial, relativas a la consideración de los tanatorios de Nerja, Loja y Campillos como instalaciones esenciales, la existencia de barreras de entrada y la viabilidad de construcción y apertura de nuevos tanatorios, la sentencia impugnada se limitó a efectuar una amplia transcripción de la sentencia de esta Sala, de fecha 10 de diciembre de 2019 (recurso 6629/2018), que examinó un caso en el que se planteaban cuestiones similares en relación con los servicios de velatorio tanatorio en el municipio de Artés (Barcelona). Aunque se trataba, sin duda, de supuestos que presentaban semejanzas, la sentencia impugnada se limitó a trasladar de manera automática las consideraciones de la sentencia de este Tribunal sobre la existencia de barreras de entrada y la viabilidad de la construcción de nuevos tanatorios en Artés al caso enjuiciado, sin hacer, como se ha indicado, ningún comentario ni cita de la prueba pericial admitida y practicada en autos sobre la existencia de barreras de entrada y viabilidad de nuevos tanatorios en las localidades de Nerja y Campillos (que son las localidades que ahora interesan una vez apreciada la atipicidad de la conducta de denegación de servicios de sala tanatorio en Loja), que pueden ser iguales o distintas a las existentes en Artés sobre las que se pronunció la sentencia de esta Sala transcrita en la sentencia impugnada.

4.- En definitiva, la sentencia impugnada ha omitido cualquier valoración de la prueba pericial declarada pertinente y practicada, incurriendo de esta manera en una contradicción con lo decidido por la propia Sala en el auto de recibimiento a prueba, que había considerado convenientes dichas pruebas para resolver el recurso contencioso administrativo.

Se acoge, por tanto, este segundo motivo del recurso de casación,,

5.- Consideramos procedente aplicar la previsión contenida en el artículo 93.1 de la LJCA, que permite que la sentencia que resuelva el recurso de casación, cuando justifique su necesidad, ordene la retroacción de actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia para que siga el curso ordenado por la ley hasta su culminación, y al respecto consideramos en este caso justificada la devolución al no contener la sentencia impugnada ninguna valoración sobre la prueba pericial admitida y declarada pertinente, sin que se haya entablado debate sobre las cuestiones objeto de los dictámenes periciales en este recurso de casación.

OCTAVO.- Recapitulación.

De acuerdo con lo que llevamos razonado, procede la estimación de los motivos de impugnación primero y segundo del recurso de casación, anulando la sentencia impugnada, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse sentencia en la instancia, para que se dicte otra que efectúe la omitida valoración de la prueba pericial y analice y resuelva las cuestiones planteadas en la demanda, en el bien entendido que no podrá considerarse que la denegación el día 13 de noviembre de 2015 de ASV Funeser S.L. a Grupo Sur Gestiones Funerarias S.L. de sala-velatorio en los tanatorios de Campillos y Loja constituya una infracción del artículo 2.2.c) de la LDC, por tratarse de una práctica atípica, según se ha razonado en esta sentencia al resolver el primer motivo de impugnación.

NOVENO.- La respuesta a la cuestión de interés casacional formulada en el auto de admisión a trámite del recurso de casación.

En respuesta a la cuestión objetiva de interés casacional para la formación de jurisprudencia, planteada en el auto de admisión del recurso de casación, la Sala considera que cuando, en el curso de una información reservada o de un expediente sancionador, los funcionarios de una Agencia estatal o autonómica de Defensa de la Competencia intervienen para propiciar y grabar una conversación telefónica en la que representantes de una empresa proponen a otra empresa competidora la prestación de un servicio inexistente o ficticio, la respuesta de denegación del servicio de la empresa competidora a esa propuesta engañosa e irreal no puede considerarse una práctica que tenga encaje en el tipo sancionador del artículo 2.2.c) de la Ley de Defensa de la Competencia.

DÉCIMO.- Costas.

De acuerdo con el artículo 93.4 de la LJCA, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación.

FALLO

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

1.- Declarar haber lugar y, por tanto, estimar el presente recurso de casación número 7257/2021, interpuesto por la representación de ASV Funeser, S.L.U., contra la sentencia de 1 de febrero de 2021, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso número 367/2018, que anulamos.

2.- Ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia, a fin de que la Sala de instancia dicte en el recurso 367/2018 nueva sentencia que, con valoración de la prueba pericial admitida y practicada en autos, resuelva lo que proceda en derecho en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Octavo de esta sentencia.

3.- No hacer imposición de las costas de casación a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.