



## RESOLUCIÓN S/11/2015 CEMENTERIO PARQUE ANDÚJAR

### CONSEJO

D<sup>a</sup>. Isabel Muñoz Durán, Presidenta.  
D. José Manuel Ordóñez de Haro, Vocal Primero.  
D. Luis Palma Martos, Vocal Segundo.

En Sevilla, a 21 de octubre de 2015

El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, con la composición expresada, y siendo ponente D. Luis Palma Martos, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 10/2014, CEMENTERIO PARQUE ANDÚJAR, tramitado por el Departamento de Investigación de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, a raíz de la denuncia presentada por D. AAA, en calidad de administrador único de “Funeraria Rivero, S.L.” contra el Ayuntamiento de Andújar (Jaén) y las entidades “Cementerio Parque Andújar S.A.”, “Inversiones Funerarias Andaluzas, S.L. (INFUAN)” y “Mapfre Familiar, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.”, por presuntas conductas restrictivas de la competencia contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Con fecha 28 de marzo de 2014, se recibió en la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) escrito de denuncia interpuesta por D. AAA, en calidad de administrador único de “Funeraria Rivero, S.L.” contra el Ayuntamiento de Andújar y las entidades “Cementerio Parque Andújar S.A.”, “INFUAN” y “Mapfre Familiar, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.”, por presuntas conductas contrarias a la LDC (folios 4 a 191).

Señala el denunciante que el Ayuntamiento de Andújar adjudicó, con fecha 19 de julio de 2012, mediante concesión de obra pública, la Redacción del Proyecto, Construcción, Urbanización y Explotación del Cementerio Municipal y Zonas Comerciales, a la mercantil “JJJ Inversiones, S.L.”. El 16 de agosto de 2012 se incorporó a dicho contrato “Funespaña, S.A.”, creando ambas una tercera mercantil, “Cementerio Parque Andújar, S.A.”, concesionaria del servicio del cementerio municipal de Andújar.



Asimismo, manifiesta el denunciante que el Ayuntamiento de Andújar habría realizado un estudio con datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística, para la viabilidad económica de la explotación del Servicio del Cementerio Municipal de Andújar, mediante concesión de obra pública. Este estudio prevé un número de fallecimientos al año y, en consecuencia, un número previsible de servicios funerarios que prestará la funeraria concesionaria. Según el denunciante, en este estudio se obvió que en Andújar existen dos empresas funerarias más, que también prestan una parte de esos servicios funerarios, la que representa el propio denunciante e INFUAN, S.L.

También señala el denunciante que el contrato que rige la concesión del Cementerio Municipal de Andújar, establece:

*"El Ayuntamiento restablecerá el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los supuestos siguientes:*

*(...)*

*d) Cuando no se cumplan los niveles mínimos de previsiones de demanda de utilización, o de los servicios o se superen los niveles máximos establecidos en el Plan Económico-Financiero, establecido por el contratista en su oferta."*

Para el denunciante, en aplicación del citado apartado d) de la concesión municipal, el Ayuntamiento de Andújar compensa con dinero público, que entrega a la entidad Cementerio Parque Andújar, S.A., la diferencia entre el beneficio obtenido y el que estaba previsto que obtuviera con la prestación de la totalidad de los servicios previstos en el estudio de viabilidad, lo que en su opinión produce una distorsión de la competencia en perjuicio del interés público, de los consumidores y usuarios y de su propia empresa Funeraria Rivero.

Según se indica, en la denuncia existe una relación entre las empresas denunciadas, Cementerio Parque Andújar, S.A., (configurada en su accionariado por JJJ. Inversiones, S.L. y Funespaña, S.A.) e INFUAN, S.L. al figurar en todas ellas la persona de D. BBB ostentando diversos cargos de responsabilidad y relevancia.

Se señala también en la denuncia que Mapfre Familiar, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., que tiene entre sus actividades la contratación de seguros de decesos, obtiene beneficios y privilegios por su posición en la composición Cementerio Parque Andújar, S.A. Para el denunciante los intereses de Mapfre están protegidos por el Ayuntamiento porque compensa sus pérdidas con dinero público, en cumplimiento de lo establecido en el contrato de concesión.

**SEGUNDO.** Con fecha 4 de junio de 2014, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (en adelante, ADCA), recibe un oficio de la Dirección de Competencia de la CNMC en el que ésta expone que las actuaciones denunciadas afectan sólo al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por lo que estima que se cumplen los



requisitos establecidos en el artículo 1.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, no apreciándose afectación a un ámbito superior al de dicha Comunidad Autónoma, ni al conjunto del mercado nacional. Por ello, le da traslado a la ADCA de la documentación recibida, al resultar ésta competente para su conocimiento, de acuerdo con el procedimiento establecido en la mencionada Ley 1/2002, de 21 de febrero (folios 1 a 3). La ADCA asumió la competencia para conocer de las actuaciones denunciadas, conforme al procedimiento previsto en el artículo 2.2 de la citada Ley.

**TERCERO.** - En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 49.3 de la LDC, 16.1 de la Ley 6/2007 de 3 de julio de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía y 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el 11 de noviembre de 2014, el Director del DI de la ADCA remitió propuesta de no incoación de procedimiento sancionador y archivo de las actuaciones seguidas, al no haberse encontrado indicios de infracción de la LDC.(folio 192 a 203).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Ámbito competencial**

El artículo 49.3 de la LDC dispone que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia<sup>1</sup>, a propuesta de la Dirección de Investigación<sup>2</sup>, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de esta Ley y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia corresponde a la ADCA el ejercicio de las competencias reconocidas en la LDC, respecto de procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

---

<sup>1</sup> En la actualidad, tal previsión legal se encuentra referida al Consejo de la CNMC, de acuerdo con lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (véanse artículos 20.1 y 2 y la Disposición adicional segunda de la citada Ley).

<sup>2</sup> Debe asimismo entenderse referida tal previsión a la Dirección de Competencia de la nueva CNMC, de acuerdo con los artículos 5 y 25.1.a) de la Ley 3/2013.



El artículo 16 de la Ley 6/2007, de 26 de junio, de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía atribuye al Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía todas las funciones y facultades de resolución de procedimientos establecidos en la normativa estatal reguladora de la defensa de la competencia, relativos a actividades económicas que, sin afectar a un ámbito territorial más amplio que el de la Comunidad Autónoma de Andalucía, alteren o puedan alterar la libre competencia en el mercado en el ámbito territorial de esta.

Por su parte, el artículo 8.1 apartado a) de los Estatutos de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, aprobados por Decreto 289/2007, de 11 de diciembre, atribuye expresamente al Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, a propuesta de la Dirección del DI de la ADCA, la competencia para acordar, en su caso, el archivo de las actuaciones.

## **SEGUNDO.- Normativa aplicable**

El artículo 7 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dispone:

### *“Artículo 7. Contrato de concesión de obras públicas*

*1. La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.*

*2. El contrato, que se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista, podrá comprender, además, el siguiente contenido:*

*a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.*

*b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.*

*3. El contrato de concesión de obras públicas podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las*

*actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.”*

Entre las notas que caracterizan a este tipo de contrato se encuentra la forma excepcional que se establece para remunerar las prestaciones realizadas por el contratista. Así, la norma general de retribuir al contratista consistirá en un precio cierto expresado en euros, como indica el artículo 87.1 TRLCSP:

*“1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.”*

En cambio, tal como se desprende del artículo 7 del TRLCSP, en el contrato de concesión de obras públicas, el concesionario será retribuido, bien con el derecho a explotar la obra, bien con dicho derecho acompañado del derecho a percibir un precio. Este derecho de explotación va a encontrarse afectado en su ejecución por la demanda de uso de la obra, hasta el punto de que una adecuada previsión de esta condiciona la propia viabilidad del proyecto. En este sentido, entre las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obra pública se encuentra la realización de un estudio de viabilidad, cuyo contenido está regulado por el artículo 128.2 TRLCSP:

*“2. El estudio de viabilidad deberá contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre los puntos siguientes:*

- a) Finalidad y justificación de la obra, así como definición de sus características esenciales.*
- b) Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión.*
- c) Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico.*
- d) Estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias.*
- e) Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado.*
- f) Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra.*

*g) Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de la obra con la justificación, asimismo, de la procedencia de ésta.*

*h) Estudio de seguridad y salud o, en su caso, estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción.”*

En el caso planteado, el Ayuntamiento de Andújar como actuación preparatoria de la adjudicación del contrato de concesión de obra pública, realizó un estudio de viabilidad en cuyo apartado B), dedicado a las previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión, expone:

*“La previsión de rentabilidad de la concesión que se analiza en el presente Estudio de Viabilidad se fundamenta en la puesta al uso público de todos los servicios funerarios y los porcentajes de utilización de los mismos, considerando la existencia de dos tanatorios de iniciativa privada existentes en la ciudad”.*

Por su parte, el artículo 258 TRLCSP, al regular el mantenimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obra pública, establece:

*“1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.*

*2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I, las condiciones de explotación de la obra.*

*b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231.*

*c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4.º de la letra c), y en la letra d) del artículo 131.1.*

*3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50 por*

*ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación.”*

En conexión con el apartado 2.c) del precepto transcrito, que contempla la posibilidad de que el contrato prevea unos supuestos específicos para su revisión, el artículo 131.1 TRLCSP dispone:

*“1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras públicas deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos:*

*[...]*

*c) Contenido de las proposiciones, que deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes extremos:*

*[...]*

*4.º Plan económico-financiero de la concesión que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación y obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta. En cualquier caso, si los rendimientos de la zona comercial no superan el umbral mínimo fijado en el pliego de cláusulas administrativas, dichos rendimientos no podrán considerarse a los efectos de la revisión de los elementos señalados anteriormente.*

*[...]*

*d) Sistema de retribución del concesionario en el que se incluirán las opciones posibles sobre las que deberá versar la oferta, así como, en su caso, las fórmulas de actualización de costes durante la explotación de la obra, con referencia obligada a su repercusión en las correspondientes tarifas en función del objeto de la concesión.”*

*[...]*

Conforme a dichos preceptos, el contrato de concesión de obra pública suscrito entre el Ayuntamiento de Andújar y la entidad adjudicataria establece en la cláusula cuarta:

**“MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO**



*Las tarifas iniciales serán revisadas anualmente conforme a la variación que experimenten los índices generales nacionales de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística, u organismo que le sustituya en esas funciones.*

*El Ayuntamiento restablecerá el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los supuestos siguientes:*

*[...]*

*c) Cuando se produzcan los supuestos que, en su caso, se determinan en el artículo 258 del T.R.L.C.S.P., aprobado por R.D. Legislativo 3/2011.*

*d) Cuando no se cumplan los niveles mínimos de previsiones de demanda de utilización o de los servicios o se superen los niveles máximos establecidos en el Plan Económico-Financiero establecido por el contratista en su oferta.*

*En estos supuestos el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que procedan en cada caso, pudiendo consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.”*

### **TERCERO.- Sobre la aplicación de las normas de defensa de la competencia al Ayuntamiento de Andújar**

La cuestión de si las Administraciones Públicas deben estar sometidas a las normas de defensa de la competencia se encuentra hoy ampliamente resuelta como consecuencia de los cambios operados en la normativa y de los sucesivos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales en la materia.

En concreto, la disposición adicional cuarta de la vigente LDC establece expresamente que *“a los efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”*.

Aunque en la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, no se hacía referencia al elemento subjetivo de la infracción ni contenía una definición del concepto de empresa, la línea interpretativa que se vino a consolidar durante su período de vigencia fue, con carácter general, la misma que en la actualidad se contiene en la disposición adicional cuarta antes mencionada y que confirma el sometimiento de cualquier Administración Pública a las normas de competencia cuando esta actúa como operador económico; esto es, cuando ofrece o adquiere bienes y servicios en los mercados, incidiendo con su comportamiento en la estructura y funcionamiento de los mismos.

Así, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC), en su Resolución de 30 de abril de 1996, recaída en el Expediente. R 148/96, Tragsa, afirmó que las Administraciones Públicas *“son sujetos operadores en el mercado en función de demandantes cuando encargan suministros, obras y servicios”*. Este enfoque fue



igualmente asumido en su Resolución de 23 de junio de 1998, recaída en el Expediente R 278/97, Microordenadores, confirmado por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 19 de diciembre de 2001.

Como consecuencia del enfoque anterior, el TDC vino a señalar expresamente que *“el Derecho Administrativo no es el único derecho que regula toda la actividad de la Administración Pública”* (Resolución de fecha 18 de diciembre de 2003, recaída en el Expediente r 572/03, Servicios Deportivos Logroño), así como que la Ley 16/1989 *“es una Ley general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los operadores públicos y privados y que ha de respetarse por todos ellos en sus actuaciones en el mercado, sin que siquiera exista una exoneración genérica de los actos de la Administración Pública respecto de las prohibiciones que establece”* dicha Ley (Resolución de 7 de noviembre de 2006, recaída en el Expediente. r 673/05, Deportes Valladolid).

Ya con base en la normativa de defensa de la competencia vigente, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ha analizado la actuación de las Administraciones Públicas en los procesos de licitación de conformidad con lo establecido en las normas de defensa de la competencia (Resolución de fecha 31 de agosto de 2010, S/0272/10, Centro Internacional de Cultura Contemporánea, S.A.).

Estos planteamientos doctrinales de los órganos de defensa de la competencia han sido confirmados por la jurisprudencia. Además de la Sentencia de la Audiencia Nacional antes mencionada en el asunto Microordenadores, cabe destacar que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de junio de 2007 (asunto Ría Bilbao) y en relación con un procedimiento de contratación pública, vino a declarar que el ejercicio de funciones públicas no exime a las Administraciones Públicas del sometimiento de su actividad a la LDC, así como que la habilitación legal con que estas actúan no implica, por sí sola y de forma automática, la aplicación de la exención legal prevista en el artículo 2 de la anteriormente vigente Ley 16/1989 (en la actualidad, artículo 4 de la LDC). Asimismo, en la Sentencia de 16 de julio de 2013 (asunto Vinos de Jerez), la Audiencia Nacional ha concluido, en torno a las conductas anticompetitivas, que *“la conducta puede ser realizada por cualquier agente económico (incluida por tanto la Administración Pública), cualquiera que sea su forma jurídica siempre que ejerza una actividad económica”*.

Por su parte, el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía ha aplicado esta misma doctrina en diversos casos, entre los que cabe citar la Resolución S/05/2011, Universidad Internacional de Andalucía:

*“Todo ello no viene sino a confirmar que la actuación de las administraciones públicas en materia de contratación, además de a las normas administrativas que le sean de aplicación e independientemente de las funciones que ejerzan y el carácter público o privado de las mismas, deberá adecuarse y podrá enjuiciarse conforme a lo dispuesto en la normativa de defensa de la competencia.”*



De la aplicación de la anterior doctrina al caso planteado, resulta la condición de operador en el mercado del Ayuntamiento de Andújar, en función de su carácter de demandante, al encargar a una entidad privada la ejecución de una obra pública. Por ello, es igualmente de aplicación a esa Corporación municipal la normativa de defensa de la competencia. A este respecto, dado que en su escrito el denunciante hace referencia a los artículos 1, 2 y 3 de la LDC, se analizarán los hechos expuestos desde la perspectiva de tales preceptos.

#### **CUARTO.- Sobre la apreciación de conductas colusorias**

El artículo 1 de la LDC, relativo a las conductas colusorias, prohíbe en su apartado primero *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”*. De su tenor literal se deduce, pues, que su aplicación exige la existencia de al menos dos operadores independientes que, con la concurrencia consciente de su comportamiento, restringen la competencia.

Sin embargo, los hechos denunciados atañen a una conducta desplegada exclusivamente por el Ayuntamiento de Andújar, que fue quien elaboró el estudio para la viabilidad económica de la explotación del Servicio del Cementerio Municipal, cuyos datos se incorporaron posteriormente al pliego de cláusulas administrativas particulares y finalmente al contrato de concesión de obra pública. En este sentido solo a la Corporación Municipal se le puede atribuir la inclusión de una cláusula relativa al restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando no se cumplieran los niveles máximos establecidos de demanda de utilización del Cementerio o de sus servicios.

En este sentido, la concreción del pliego de cláusulas administrativas particulares constituye un acto de naturaleza unilateral que, precisamente por ello, no puede ser analizado desde la perspectiva de lo dispuesto en el artículo 1 LDC. Ésta fue la conclusión alcanzada por el TDC en su Resolución de fecha 2 de marzo de 1998, Expte. R 275/97, Universidad de Santiago, en la que afirmó que *“las conductas prohibidas en este artículo se refieren siempre a comportamientos bilaterales o multilaterales, consistentes en acuerdos o prácticas entre dos o más sujetos, [...] a un acto unilateral de una Universidad, consistente en aprobar un pliego de cláusulas administrativas, no le es imputable la contravención del art. 1 LDC”*.

Este Consejo no puede sino coincidir con DI en concluir que los hechos denunciados no constituyen una conducta restrictiva de la competencia que se pueda enmarcar en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 1 LDC.

#### **QUINTO.- Sobre el abuso de posición dominante**

El artículo 2.1 de la LDC prohíbe *“la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional”*. Por tanto, para que una

conducta sea susceptible de ser declarada infracción por abuso de posición de dominio, se requiere que existan indicios suficientes y racionales que evidencien que la conducta haya sido realizada desde una posición de dominio en el mercado relevante y que además sea abusiva.

Sin embargo, tales indicios no se constatan en los hechos denunciados, en los que el Ayuntamiento de Andújar, en el ejercicio de su condición de poder adjudicador, ha tramitado y resuelto la concesión de una obra pública. Así, cuando el denunciante critica la *“apreciación y cálculo que sirve de base para el estudio económico de viabilidad”*, lo realiza al amparo de la afirmación de que *“existen dos empresas más, la que represento FUNERARIA RIVERO, S.L., e INFUÁN, S.L., que prestan servicios de idéntica e igual naturaleza, que evidentemente entran en libre competencia con la concesionaria CEMENTERIO PARQUE ANDÚJAR, S.A.”*. Igualmente, ni en la denuncia ni en la documentación aportada se manifiesta que CEMENTERIO PARQUE ANDÚJAR, S.A., haya orientado su conducta a imponer condiciones, a establecer limitaciones o a minorar en modo alguno la capacidad de competir de las restantes empresas con las que comparte el mercado de servicios funerarios en Andújar. Desde esta perspectiva, la única deducción que cabría hacer de las manifestaciones del denunciante es entender que imputa a la citada empresa concesionaria un abuso de posición dominante por el hecho de beneficiarse de la cláusula de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Ahora bien, este tipo de cláusula constituye un mecanismo para asegurar la viabilidad del contrato, pues el concurso de determinadas circunstancias podría romper el equilibrio entre las partes. De ahí que su utilización no constituya una conducta contraria a la competencia, salvo que se realice un uso desviado de la misma, como ocurre en los supuestos en que se pone en práctica a pesar de no estar expresamente prevista en el contrato, cuando en el clausulado se omiten las circunstancias generadoras del restablecimiento del equilibrio económico o bien cuando se realiza una apreciación arbitraria de dichas circunstancias. Ninguno de estos supuestos concurre en el presente caso. En la denuncia no se plantea que se haya omitido la posibilidad de reequilibrar el contrato; tampoco que no estén previstas las circunstancias que lo permitan; ni siquiera se imputa arbitrariedad en su apreciación. Cualquiera de estas circunstancias habría podido considerarse como un intento de restringir la concurrencia a la licitación. Pero lo cierto es que, la entidad de que es Administrador único el denunciante, presentó su oferta junto con la de la empresa que resultó adjudicataria de la concesión y en ningún momento impugnó la cláusula que ahora censura. El desacuerdo con ésta y con el estudio de viabilidad que le sirve de base aparece únicamente a partir de la adjudicación del contrato a otra empresa licitadora.

En todo caso, no corresponde a este Consejo pronunciarse acerca de si concurrió algún error o irregularidad en la redacción de los pliegos integrantes del contrato cuando tales circunstancias no han afectado a la competencia, sin perjuicio de que el denunciante pueda promover ante la jurisdicción competente las acciones que este sentido estime pertinentes. Mas, si se pretende argumentar que fueron elementos que sirvieron para crear un abuso de posición dominante, tal conclusión ha de quedar descartada por carecer de un



mínimo apoyo fáctico, en relación con la existencia de práctica abusiva, con independencia del poder de mercado que detenten los denunciados.

## **SEXTO. SOBRE LA COMPETENCIA DESLEAL**

El artículo 3 de la LDC delimita los supuestos en los que este Consejo es competente para resolver en materia de actos de competencia desleal:

*“La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.”*

Solo los actos desleales capaces de distorsionar el normal funcionamiento de la libre competencia con afectación al interés público suponen una infracción de la LDC. En consecuencia, únicamente en esa clase de conductas desleales tiene competencia este Consejo para conocer de los mismos, conforme al pronunciamiento emitido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006:

*“[...] Es importante subrayar, pues, que la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además de serlo [...] distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público”.*

Este Consejo coincide con el DI en que no puede entenderse que los hechos denunciados posean entidad suficiente para distorsionar el mercado de los servicios funerarios, hasta el punto de provocar un perjuicio para el interés público. Téngase presente a este respecto que no se aprecia que exista riesgo de eliminación de la competencia o de exclusión de operadores del mercado, pues, como pone de manifiesto el denunciante, las empresas funerarias de Andújar siguen funcionando y prestando sus servicios.

En cualquier caso, el que los hechos denunciados no infrinjan el artículo 3 LDC, no implica que el interesado no pueda ejercitar las acciones correspondientes ante las instancias judiciales competentes, en el caso de que considere que se ha producido alguna vulneración de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Vista la propuesta realizada por el Director del Departamento de Investigación en relación con el presente asunto y de acuerdo con lo previsto en los artículos 49.3 de la LDC, 16 de la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia de Andalucía, 27.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia y 8.1 apartado a) de los Estatutos de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, aprobados por Decreto 289/2007, de 11 de diciembre, este Consejo



## RESUELVE

**ÚNICO.-** No incoar procedimiento sancionador y, en consecuencia, archivar las actuaciones seguidas del expediente 10/2014, CEMENTERIO PARQUE ANDÚJAR, incoado como consecuencia de la denuncia presentada por D. AAA, en calidad de administrador único de “Funeraria Rivero, S.L.” contra el Ayuntamiento de Andújar y las entidades “Cementerio Parque Andújar S.A.”, “Inversiones Funerarias Andaluzas, S.L. (INFUAN)” y “Mapfre Familiar, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.”, por considerar que los hechos investigados no presentan indicios racionales de infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Departamento de Investigación y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación.