

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO Expte. RA-25/2009: Formación de A Coruña 2.

Pleno

Sres.:

D. José Antonio Varela González, Presidente

D. Fernando Varela Carid, Vocal

D. Alfonso Vez Pazos, Vocal

En Santiago de Compostela, 30 de diciembre de 2009.

El Pleno del Tribunal Galego de Defensa da Competencia, con la composición indicada más arriba, y siendo ponente D. Fernando Varela Carid, vocal, dictó la siguiente Resolución en el Expediente RA-25/2009, "Formación de A Coruña 2" (Expediente 22/2008, do Servizo Galego de Defensa da Competencia, en adelante SGDC), tras examinar la propuesta de no incoación de procedimiento y archivo de las actuaciones efectuada por el SGDC, según escrito de 12 de mayo de 2009.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El 6 de noviembre de 2008, XXXX, en nombre y representación de XXXX, presentó una denuncia dirigida a la Comisión Nacional de la Competencia contra FOREM Galicia, FORGA y UGT Galicia por presuntas prácticas de competencia desleal que, a juicio del denunciante, podrían ser constitutivas de una infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

2.-Una vez determinada la competencia del SGDC y del Tribunal Galego de Defensa da Competencia (en adelante, el Tribunal) para conocer de este asunto, el Servicio inició sus diligencias para esclarecer los hechos denunciados y proceder a la calificación jurídica de los mismos.

3.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LDC y mediante escrito de 14 de enero de 2009, el SGDC efectuó su propuesta a este Tribunal consistente en no incoar procedimiento sancionador y proceder al archivo de las actuaciones.

4.-El 5 de marzo de 2009, el Pleno del Tribunal se pronunció sobre el asunto, y dictó la Resolución de 16 de marzo de 2009 en la que se recusó la propuesta de archivo del SGDC y se instó a dicho Servicio a dar traslado de la denuncia de XXXX a los supuestos infractores para que pudiesen realizar las alegaciones que estimasen convenientes sobre la misma.

5.- Recibidas las alegaciones de FOREM Galicia y de UGT Galicia -FORGA no presentó alegación alguna-, el SGDC analizó nuevamente si existía alguna posible contravención de la LDC por parte de las instituciones denunciadas, llegando a la conclusión de que no había indicios de infracción de las normas de competencia y que, por lo tanto, procedía no incoar expediente y archivar las actuaciones desarrolladas hasta ese momento, según hizo constar en la propuesta remitida a este Tribunal el 12 de mayo de 2009.

6.-El 19 de mayo de 2009, el Pleno del Tribunal admitió nuevamente a trámite este asunto y nombró ponente del mismo al vocal D. Fernando Varela Carid. Son interesados:

- XXX, en nombre y representación de XXXX,

-Fundación Formación y Empleo (FOREM), del sindicato Comisiones Obreras de Galicia,

-Fundación para la Orientación Profesional, la Investigación y el Desarrollo Tecnológico, el Empleo y Formación en Galicia (FORGA), de la Confederación Intersindical Gallega, y

-Unión General de Trabajadores (UGT) de Galicia.

6.- Considerando necesario aclarar ciertos aspectos y con el objetivo de disponer de elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas, el Tribunal requirió, a través del SGDC, varios datos e información complementaria de FOREM Galicia, FORGA y UGT Galicia, y también de la Dirección General de Tráfico, mediante el acuerdo de realización de prácticas complementarias de 20 de julio de 2009, según potestad reconocida para el Consejo de la CNC, y, por lo tanto, para este Tribunal, por el artículo 51.1 de la LDC, desarrollado por el artículo 36 del Real Decreto 261/2008, del 22 de febrero, por lo que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

7.-EL SGDC remitió al Tribunal la información requerida el 19 de noviembre de 2009.

8.-Examinada esa nueva documentación y el resto del expediente, el Pleno del Tribunal deliberó y se pronunció sobre este asunto en su reunión de 17 de diciembre de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente Resolución se dicta al amparo de la Ley 15/2007, del 3 de julio, de Defensa de la Competencia por tratarse de un asunto abierto con

posterioridad a la entrada en vigor de esa Ley el pasado 1 de septiembre de 2007.

SEGUNDO.- El apartado 3 del artículo 49 LDC establece que el Tribunal, a propuesta del Servizo, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 LDC y ordenar el archivo de actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley. Corresponde a este Tribunal, por lo tanto, en este caso, analizar la propuesta efectuada por el SGDC para ver si procede aceptarla y, en consecuencia, archivar las actuaciones desarrolladas hasta ahora, o, por el contrario, si procede rechazar esa propuesta por apreciarse indicios de infracción de las normas de competencia.

TERCERO.- Este procedimiento se inició por la denuncia de 6 de noviembre de 2008 de XXXX, en nombre y representación de XXXX, contra FOREM Galicia, del sindicato Comisiones Obreras, FORGA, de la Confederación Intersindical Gallega, y la Unión General de Trabajadores de Galicia por presuntas prácticas de competencia desleal, consistentes, según el denunciante, en la discriminación y boicot a determinadas autoescuelas en la contratación de los cursos de formación impartidos en la provincia de A Coruña para la obtención de permisos de circulación C, C+D y E a trabajadores en formación en el marco del programa de subvenciones públicas del Fondo Social Europeo, otorgadas por el Ministerio de Trabajo e Inmigración y gestionadas por la Consellería de Trballo de la Xunta de Galicia.

Aunque la denuncia se circunscribe a la figura de competencia desleal contemplada en la LDC, en su artículo 3, este Tribunal considera que conviene revisar la conducta denunciada desde la triple perspectiva que permite la Ley 15/2007 y, por lo tanto, teniendo en cuenta también las prohibiciones del artículo 1, referente a las conductas colusorias y del artículo 2, referente al abuso de la posición de dominio, de modo que se pueda excluir de forma

taxativa la existencia de cualquier ilícito de la competencia por la causa que se examina.

CUARTA.- Para efectuar debidamente ese análisis, el Tribunal considera que se deben seguir los pasos que a continuación se indican.

En primer lugar, se debe esclarecer el alcance competencial de los órganos gallegos de defensa de la competencia, tanto del Servizo como del Tribunal, en este caso concreto, de acuerdo con las provisiones legales pertinentes.

En segundo lugar, se debe determinar si las entidades denunciadas están o no sujetas al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia y demás normas complementarias que regulan la competencia en el mercado.

En tercer lugar, en el supuesto de que se llegase a una respuesta positiva a la cuestión anterior, se debe definir el mercado considerado relevante en este caso y proceder, a continuación, al estudio de la posición relativa que ocupan las entidades denunciadas dentro de ese mercado.

Por último, a partir de la definición del mercado relevante, habría que comprobar si existen indicios o no de prácticas contrarias a la libre competencia bajo la triple perspectiva de los artículos 1, 2 y 3 LDC.

QUINTO.- Respeto a la primera cuestión mencionada, señaladamente el ámbito competencial de los órganos gallegos de defensa de la competencia, el Tribunal comparte la opinión expresada por el SGDC en su escrito de 12 de mayo de 2009 sobre este asunto, en el sentido de que la función del Servizo y del Tribunal debe restringirse a la aplicación ejecutiva de la LDC en lo referente a las prohibiciones de los artículos 1, 2 y 3, de manera que la conducta

denunciada debe examinarse únicamente respecto a sus efectos sobre la libre competencia en el mercado.

En consecuencia, queda excluida del análisis de este Tribunal la revisión de la legalidad respecto a la oportunidad de la concesión de las subvenciones a las entidades denunciadas, la forma en que se administran esos fondos y la corrección o no de su justificación ante los órganos administrativos supervisores habilitados para ese fin; teniendo en cuenta que esa función corresponde, primeramente, a la Consellería de Traballo, y, en última instancia, a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo. Esta es también la posición mantenida por este Tribunal en la Resolución de archivo del Expediente RA-5/2008, Formación de Lugo, en el que se examinó una cuestión similar a la presente.

Es preciso señalar que, en todo caso, la conclusión anterior no puede entenderse en el sentido de que se menoscabe la potestad de este Tribunal para analizar la conformidad legal de las contrataciones efectuadas por las entidades denunciadas, si ello fuere relevante para apreciar la eventual existencia de prácticas restrictivas de la competencia bajo cualquiera de las modalidades señaladas –la colusión, el abuso de la posición de dominio o la deslealtad con afectación del interés público.

SEXTO.- La segunda cuestión que se debe esclarecer es si las entidades denunciadas están o no sujetas al cumplimiento de lo dispuesto en la LDC y, en particular, si deben abstenerse de incurrir en cualquier práctica contraria a lo establecido en sus artículos 1, 2 y 3.

A este respecto, el Tribunal entiende que, en efecto, las tres entidades denunciadas, aún careciendo de ánimo de lucro, deben cumplir lo establecido en las normas de defensa de la competencia siempre y cuando actúen como operadores en el mercado, circunstancia que concurre en el presente caso,

pues son demandantes de un servicio, los cursos de formación para la obtención del permiso de conducción de los tipos C, C+D y E, por cuenta y representación, por así decir, de los usuarios últimos de ese servicio, que son las personas que participan en los cursos contratados. En este sentido, las tres entidades demandan un servicio que se obtiene, mediante una contraprestación económica, de las empresas especializadas en la prestación de ese tipo de servicios, que son las autoescuelas seleccionadas, sin que tenga mayor trascendencia a los efectos de su participación en el mercado que la procedencia de los fondos para financiar esas contrataciones sean fondos públicos en todo o en parte.

Resulta fácil colegir que, a través de esa participación en el mercado, las entidades denunciadas podrían hipotéticamente alterar de modo significativo la competencia si llegasen a acuerdos entre ellas o con las empresas oferentes del servicio demandado con el propósito declarado o no, de modo intencional o simplemente negligente, de restringir la competencia bajo cualquiera de las modalidades contempladas en el artículo 1 de la LDC; o si, partiendo de una posición de dominio conjunta o separadamente, incurriesen en cualquiera de las prácticas prohibidas por el artículo 2 de la LDC. Asimismo, la libre competencia en el mercado podría verse gravemente comprometida si la contratación del servicio demandado recayese de modo sistemático sobre una o varias autoescuelas, de forma que permitiese el desarrollo de una conducta agresiva por parte de esas autoescuelas contratadas y, por lo tanto, desleal con otros competidores en el mercado libre de permisos de conducción -aquel que no está vinculado a los cursos de formación financiados con ayudas públicas- gracias a disponer de una base de negocio particularmente favorable con cualquiera de las instituciones denunciadas. Cuestión esta última que acreditaría, cuando menos, un análisis profundo del expediente para poder llegar a conclusiones definitivas debidamente fundamentadas.

SÉPTIMO.- Respecto a la tercera cuestión planteada, la definición del mercado relevante en este caso, debe tomarse en consideración no sólo el mercado de producto, sino también la dimensión geográfica e incluso la dimensión temporal.

Tomando en cuenta esos tres aspectos, el Tribunal considera que el mercado relevante en este caso está constituido por la obtención de los permisos de conducción de tipo C, C+D y E con carácter anual en la provincia de A Coruña, que es el ámbito al que se refiere la denuncia presentada.

Respecto a los años que deben examinarse, la denuncia de XXX, aunque no señala una duración explícita de las prácticas denunciadas, menciona como años de referencia el 2008 y el 2007. El Tribunal considera que a efectos prácticos resulta relevante analizar también el año 2006.

Según la información proporcionada por la Dirección General de Tráfico, los permisos de conducción C, C+D y E emitidos en la provincia de A Coruña en los años de referencia fueron los siguientes:

- Año 2006: 3.091 permisos,
- Año 2007: 3.756 permisos, y
- Año 2008: 3.776 permisos.

Descartando como residuales los casos de las personas que se preparan pero no obtienen el permiso de conducción, los datos anteriores pueden considerarse como el mercado relevante total. Dentro de ese mercado total, habría que distinguir dos segmentos diferenciados. Por una parte, estaría lo que podría denominarse mercado libre de permisos de conducción de los tipos C, C+D y E, constituido por todos aquellos que obtienen esos permisos costeándose ellos mismos la formación necesaria; por otra parte, estaría el mercado de permisos de conducción de los tipos C, C+D y E obtenidos

mediante la participación en un curso ofrecido por cualquiera de las tres entidades denunciadas financiado a través de las ayudas públicas del Fondo Social Europeo.

Es preciso aclarar que tanto FORGA como FOREM efectuaron contrataciones directas con diversas autoescuelas para que impartiesen los cursos de formación a las personas que deseaban obtener los permisos de conducción. Sin embargo, UGT Galicia, según explicó la denunciada en las alegaciones presentadas, desarrolló las acciones formativas a través de la Fundación Instituto de Formación y Estudios Sociales, constituida por la UGT en 1986, con personal vinculado en régimen laboral a esa Fundación y alquilando los equipos didácticos a las autoescuelas de la provincia.

Partiendo de la información aportada al expediente por las instituciones denunciadas, y aún considerando asimilables el alquiler de personal y equipos de UGT como contrataciones directas, se puede estimar una participación del segundo segmento identificado, esto es, de los cursos ofrecidos de modo conjunto por FOREM, FORGA Y UGT Galicia, en el mercado relevante total de entre el 15 y el 25 por ciento en el año 2006, entre el 14 y el 23 por ciento en el año 2007 y entre el 5 y el 8,7 por ciento en el año 2008.

OCTAVO.- Esos porcentajes de participación conjunta de las tres instituciones denunciadas en el mercado relevante, tal como fue definido en el Fundamento anterior, permite excluir con toda claridad la posible aplicación del artículo 2 LDC, relativo al abuso de posición de dominio, sin necesidad de más consideraciones, pues la eventual aplicación de ese artículo exige la previa existencia de posición de dominio, excluida en este caso para las tres instituciones denunciadas como conjunto y, en consecuencia, también para cada una de ellas, sin que sea preciso calcular esos porcentajes que serán siempre inferiores a los del total.

NOVENO.- De los datos aportados por los denunciados relativos al número de cursos de formación impartidos en la provincia de A Coruña para la obtención de permisos de circulación C, C+D y E, que se analizan en este procedimiento, así como del nombre y número de autoescuelas contratadas y demás pormenores del asunto, este Tribunal llega a la conclusión de que no se observan indicios de prácticas colusivas que tengan o puedan tener efectos restrictivos de la competencia.

Las instituciones referidas efectuaron en los años 2006, 2007 y 2008 un total de 91 cursos de formación para la obtención de los permisos C, C+D y E, mediante la contratación con 19 autoescuelas distintas. El reparto anual fue el siguiente: 36 cursos con 11 autoescuelas distintas en el año 2006; 37 cursos con 14 autoescuelas distintas en el año 2007; y 18 cursos con 11 autoescuelas en el año 2008.

Asimismo, no se observa una concentración excesiva ni por el número de cursos contratados con cada autoescuela ni en el valor de los cursos contratados, salvo en el caso de FORGA que en los años 2006 y 2007 efectuó una contratación más significativa con una autoescuela aunque manteniendo la diversidad de contratación con seis autoescuelas más, por lo que no se puede afirmar que esa práctica suponga un indicio de restricción de la competencia.

No se aprecian tampoco prácticas de exclusión sistemática o indebida fijación de precios en la contratación de los cursos referidos o en el arrendamiento del material para la impartición de los cursos de formación analizados.

DÉCIMO.- Descartada la posible aplicación de los artículos 1 y 2 LDC, es preciso analizar a continuación este asunto desde la perspectiva del artículo 3 LDC, en el que se concreta la denuncia presentada.

De acuerdo con el citado artículo 3 LDC, los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público se consideran

prohibidos. Para que este Tribunal pueda aplicar esta figura jurídica es preciso, de acuerdo con lo establecido en la Ley y con la amplia jurisprudencia existente, que se cumplan dos condiciones. Por una parte, que la conducta denunciada pueda reputarse como desleal y, por otra, que esa deslealtad por falsear la libre competencia afecte al interés público.

En opinión de este Tribunal, las instituciones denunciadas están sujetas al cumplimiento de la Ley 3/1991, del 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD), pues como señala su propia Exposición de Motivos basta con que se cumplan las dos condiciones previstas en el apartado primero de su artículo 2 : *“que el acto se realice en el mercado (es decir, que se trate de un acto de trascendencia externa) y que se lleve a cabo con fines concurrenciales (es decir que el acto tenga por finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero). Si dichas circunstancias concurren, el acto podrá ser perseguido en el marco de la nueva Ley. No es necesaria ninguna otra condición ulterior; y concretamente – según se encarga de precisar el artículo 3 – no es necesario que los sujetos – agente y paciente – del acto sean empresarios, ni se exige tampoco que entre ellos medie una relación de competencia”*.

Ahora bien, resulta imprescindible para poder reputar de desleal una determinada conducta que los actos denunciados tengan encaje en algunas de las figuras de deslealtad contempladas en la LCD. Dentro del catálogo que presenta la referida Ley de Competencia Desleal, en opinión de este Tribunal sólo resulta susceptible de aplicación hipotética en este caso el artículo 15, referente a la violación de normas, y particularmente lo dispuesto en su punto 1 que considera desleal *“prevalerse en el mercado de una ventaja adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja tiene que ser significativa”*.

En el presente caso, este Tribunal no aprecia la existencia de indicios suficientes de infracción de normas ni tampoco que los posibles beneficiarios

de las conductas denunciadas, supuestamente las autoescuelas sobre las que recaen los contratos de los cursos de formación para la obtención de los permisos de circulación C, C+D y E, consigan como resultado de esa hipotética infracción una ventaja competitiva significativa en el mercado.

La Ley 38/2003, del 17 de noviembre, General de Subvenciones establece en su artículo 8.3.a que la gestión de las subvenciones se realizará de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación. Esos mismos principios están claramente recogidos en el artículo 5.2.a de la Ley 9/2007, del 13 de junio, de Subvenciones de Galicia.

Al mismo tiempo, la Ley General de Subvenciones señala en su artículo 31.3, referente a los gastos subvencionables, que cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 30.000 euros en el supuesto de coste por ejecución de obra, o de 12.000 euros en el supuesto de suministro de bienes de equipo o prestación de servicios por empresas de consultoría o asistencia técnica, el beneficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la contratación del compromiso para la prestación del servicio o la entrega del bien. A este respecto, resulta relevante señalar que la Orden TAS/718/2008, del 7 de marzo, que desarrolla el Real Decreto 395/2007 de 23 de marzo por lo que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, en materia de formación de oferta y se establecen las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones públicas destinadas a su financiación, señala en el artículo 17.4 que *“a los efectos de lo previsto en el artículo 31.3 de La Ley 38/2003, del 17 de noviembre, se considerará que el beneficiario cumplió con el establecido en el artículo 31.3 cuando justifique de modo razonado que la elección del proveedor responde a criterios de eficacia y economía (...)”*.

Del análisis efectuado por el Tribunal a la luz de la normativa que precede y de la revisión de los criterios seguidos por las instituciones denunciadas para la contratación de los cursos de formación que se analizan en este caso, este Tribunal llega a la conclusión de que no se ha producido un quebrantamiento de las normas que permita aplicar el artículo 15.1 de la Ley de Competencia Desleal y que, por tanto, por esa causa exista una restricción de la competencia en el mercado significativa.

Al no existir, a juicio de este Tribunal, competencia desleal que afecte de modo significativo a la libre competencia, este Tribunal estima que no se pueden aplicar las prohibiciones del artículo 3 LDC a la conducta denunciada.

UNDÉCIMO.- Por todo lo anterior, el Tribunal considera acertada la propuesta del SGDC de no incoar expediente sancionador y estima que debe procederse al archivo de las actuaciones.

DUODÉCIMO.- Después de llegar a la conclusión precedente, el Tribunal quiere manifestar que su función no se agota en la represión de las conductas que infrinjan la Ley de Defensa de la Competencia, con ser esa una función prioritaria para este Tribunal y sin duda altamente relevante, sino que también desarrolla una función de promoción y estímulo de la competencia efectiva en el mercado.

En este sentido, el Tribunal considera que los agentes económicos que representan intereses colectivos destacados deben jugar un papel de liderazgo, amparando y promoviendo los valores de la competencia en todas sus actuaciones relacionadas con el mercado. Así, las tres instituciones denunciadas en este caso, si bien no se observa que hubiesen incurrido en un ilícito de la LDC, tienen una especial responsabilidad social y, en consecuencia, deben aplicar del modo más eficaz y claro posible lo dispuesto en el artículo 8.3.a de la Ley 38/2003, del 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en

el artículo 5.2.a de la Ley 9/2007, del 13 de junio, de Subvenciones de Galicia, antes mencionadas, respecto a que la gestión de las subvenciones que se reciban se realizará de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación. Esos principios, que siempre deben respetarse, resultan especialmente relevantes cuando se efectúa la contratación de obras o servicios por cuenta de terceros y cuando, como en este caso, se usan fondos públicos, cuya correcta administración debe contribuir a alcanzar un mayor bienestar y desarrollo económico y social.

En conclusión, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, este Tribunal

RESUELVE

ÚNICO.- Confirmar la propuesta del SGDC de no incoar expediente sancionador y proceder al archivo de las actuaciones referentes a la denuncia de XXX, en nombre y representación de XXXX, contra FOREM Galicia, FORGA y UGT Galicia por presuntas prácticas contrarias a la competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servizo Galego de Defensa da Competencia, y notifíquese a los interesados, haciendo constar que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, en el plazo de dos meses contados desde su notificación.