

ELOY FERNÁNDEZ PÉREZ-ARADROS, SECRETARIO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN,

CERTIFICA: Que en la reunión del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (en adelante TDCA), celebrada el día 6 de noviembre de 2013, adoptó por unanimidad el siguiente

“ACUERDO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN. EXPEDIENTE 3/2012, ASUNTO “UNIVERSIDAD SAN JORGE”.

Pleno

Presidente

D. Javier Oroz Elfau,

Vocales

D. Ignacio Moralejo Menéndez

D.^a Mercedes Zubiri de Salinas

D. Carlos Corral Martínez

D. Javier Nieto Avellaned

Zaragoza, a 6 de noviembre de 2013

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, con la composición expresada y actuando como ponentes Doña Mercedes Zubiri de Salinas y Don Javier Nieto Avellaned, ha dictado esta Resolución en el expediente 3/2012, Asunto “Universidad San Jorge”, tramitado por el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón por supuestas prácticas restrictivas de la competencia y prohibidas por el artículo 2 de la Ley 15/ 2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Denuncia.

Con fecha 1 de agosto de 2012 tiene entrada en el Registro General del Gobierno de Aragón un escrito presentado por D. Fernando Lostao Crespo, Secretario General de la Fundación Universidad San Jorge, en el que pone de manifiesto determinados hechos que estima contrarios a las normas de defensa de la competencia realizados por el Gobierno de Aragón. En dicho escrito realiza las alegaciones que, de forma resumida, a continuación se relacionan:

- La Universidad San Jorge ha solicitado implantar en numerosas ocasiones la titulación de Psicología, la primera de ellas mediante solicitud de fecha 28 de septiembre de 2009, a la que *“se respondió indicando que no se podía emitir informe favorable hasta que no se procediese al análisis por parte de ACPUA de las titulaciones implantadas con arreglo al RD 1393/2007”*.
- Tramitada la solicitud ante ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación) y obtenida la evaluación positiva, se solicitó al Gobierno

de Aragón la autorización de puesta en funcionamiento de la titulación, solicitud a la que no se ha dado respuesta de forma expresa, emitiéndose dos informes de trámite por parte del Director General de Universidades y de ACPUA (Agencia de Calidad y Prospectiva Universitaria de Aragón) en los que *“se esgrimen criterios proteccionistas de la Universidad de Zaragoza, perjudicando la libre competencia en materia de Educación Superior Universitaria en la Comunidad Autónoma de Aragón”*.

- Asimismo, el denunciante manifiesta que la Orden de 19 de diciembre de 2011 de la Consejera de Educación, Universidad, Cultura y Deporte por la que se determina el procedimiento para la implantación, modificación, supresión y renovación de la acreditación de enseñanzas universitarias en Aragón, y la Orden de 28 de junio de 2012, por la que se establecen los principios y requisitos que guiarán la programación de las enseñanzas universitarias oficiales en la Comunidad Autónoma de Aragón para el periodo 2012-2015, determinan la imposibilidad de competir en igualdad de condiciones con la Universidad de Zaragoza, regulando la primera *“un procedimiento complejo y claramente restrictivo”*, y estableciendo la segunda como criterio para la concesión de autorización para implantar titulaciones *“que la implantación de nuevas enseñanzas de Grado no podrá suponer la duplicidad de las enseñanzas existentes en los centros de Huesca, Teruel y La Almunia de Doña Godina”*, por lo que *“la Universidad San Jorge nunca podrá implantar titulaciones como psicología, medicina u otras que en el futuro se impartan en dicho campus universitario”*.
- La normativa emanada del Departamento de Educación del Gobierno de Aragón no es coherente con el documento *“Estrategia Aragonesa de competitividad y crecimiento”*, de julio de 2012, que establece que *“el Gobierno tratará de extender al mayor número posible de sectores el modelo administrativo de declaración responsable para el inicio de actividades económicas y revisará los trámites integrados en sus competencias para minimizar plazos y exigencias, preservando siempre las garantías jurídicas debidas para el cumplimiento de la Ley”*.

Con el escrito se aportan dos informes elaborados por profesionales del Derecho externos a la Universidad San Jorge.

SEGUNDO.- Requerimiento de información al denunciante.

Mediante escrito fechado a 6 de noviembre de 2012 se requirió a D. Fernando Lostao Crespo para que acreditase la representación de la Fundación Universidad San Jorge, determinase el domicilio a efectos de notificaciones, y remitiese un estudio de mercado sobre la implantación del grado de Psicología en Aragón.

Con fecha 26 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el Registro General de la Diputación General de Aragón escrito de D. Fernando Lostao Crespo, dando respuesta al trámite de requerimiento de información practicado, y aportando la siguiente documentación:

- Acreditación de su representación como Secretario General de la Fundación Universidad San Jorge.
- Escritura de fusión de fundaciones en la que se designa el domicilio de la Fundación.
- Estudio de mercado sobre el Grado de Psicología.

- Evaluación de la solicitud de verificación de plan de estudios oficial para el Grado de Psicología efectuado por ANECA de fecha 8 de septiembre de 2012.
- Resolución de la Comisión de Verificación y Acreditación de Planes de Estudios del Consejo de Universidades de fecha 3 de noviembre de 2012, acordando verificar el plan de estudios correspondiente al título oficial de Graduado o Graduada en Psicología por la Universidad San Jorge.

TERCERO.- Trámite de asignación de expediente.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.1 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, se comunicó la denuncia a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia mediante oficio del Director General de Economía de fecha 27 de noviembre de 2012, en el que se expresa que se considera que la competencia para resolver sobre la conducta denunciada correspondía a los órganos de defensa de la competencia de Aragón al no producir afección a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma.

Mediante escrito de la Dirección de Investigación de la CNC, recibido en el Servicio de Defensa de la Competencia el día 18 de diciembre de 2012, se reconoce que al cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 1.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, los órganos competentes para conocer de la denuncia son los correspondientes a la Comunidad Autónoma de Aragón.

CUARTO.- Comunicación al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.

Mediante escrito del Director General de Economía fechado a 25 de junio de 2013, se comunicó al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón la Propuesta de Resolución del Director General de Economía, acompañada del expediente administrativo, relativa al expediente nº 03/2012 Universidad San Jorge, en la que se propone no acordar la incoación de un procedimiento sancionador por no existir indicios racionales de conducta prohibida en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, contra el Gobierno de Aragón, y por tanto proceder al archivo de la denuncia y de las actuaciones realizadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007.

QUINTO.- Admisión a trámite del Expediente por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

El TDCA, en sesión celebrada el 30 de julio de 2013, acordó admitir a trámite el expediente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón.

Iniciado el presente expediente en virtud de un escrito presentado por D. Fernando Lostao Crespo, Secretario General de la Fundación Universidad San Jorge, que ha sido calificado como una denuncia interpuesta contra el Gobierno de Aragón de acuerdo con su contenido, y solventado el trámite de asignación del expediente

exigido en el artículo 2.1 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, la competencia para conocer de la denuncia corresponde a los órganos de la Comunidad Autónoma de Aragón, puesto que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.3 de la misma ley, las conductas que pueden ser constitutivas de infracción de las normas de defensa de la competencia no afectan a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma de Aragón ni al mercado nacional.

SÉGUNDO.- Competencia para dictar la resolución relativa a este procedimiento.

La competencia para adoptar la decisión de no iniciar un procedimiento sancionador por no concurrir indicios suficientes de la existencia de una infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón a propuesta de la Dirección General de Economía (Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón).

Así lo dispone el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, conforme al que *“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, 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”*. Esta referencia la tenemos que entender en el presente al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia puesto que el artículo 5 letra c de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia le atribuye a esta Comisión la función de *“Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo y de las propias de la jurisdicción competente”* siendo el Consejo el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones resolutorias de la competencia (art. 14).

De conformidad con la Disposición Adicional Octava de la Ley 15/2007, las referencias contenidas en la LDC a los órganos de defensa de la competencia nacionales deben ser trasladadas a los órganos aragoneses de defensa de la competencia. Ello determina que la competencia para decidir sobre la no incoación del expediente contra el Gobierno de Aragón y proceder al archivo de la denuncia, corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, a propuesta de la Dirección General de Economía, a la que corresponde el ejercicio de las funciones de Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón, conforme se deduce del artículo 10 del Decreto 29/2006, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se crean y regulan los órganos de Defensa de la Competencia de Aragón y del artículo 7 del Decreto 19/2012, de 24 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica de Departamento de Economía y Empleo.

Ello debe entenderse así, pese a que el artículo 14.1 del Decreto 29/2006, de 24 de enero, asigne al Servicio los actos de archivo de actuaciones y los de trámite que impidan la continuación del procedimiento, por cuanto dicho precepto debe estimarse desplazado por la Ley estatal, que tiene la condición de legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.13ª de la Constitución, tal como expresa su Disposición Final Primera.

TERCERO.- Objeto del expediente.

El objeto del presente expediente se concreta en analizar, desde la perspectiva de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, si la actuación del Gobierno de Aragón en el ámbito de la regulación y autorización para la implantación de nuevos títulos de enseñanza universitaria, puede suponer una infracción de las normas de defensa de la competencia.

CUARTO.- Interesados.

Se reconoce la condición de interesados en el presente expediente a los siguientes sujetos:

- a) La Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en sustitución de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia) tiene la condición de interesada en el presente expediente en aplicación de lo señalado en el artículo 5.tres 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, que le faculta a comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas, tal y como solicitó en su escrito de fecha 18 de diciembre de 2012.
- b) La Fundación Universidad San Jorge quien, además de la condición de denunciante, ostenta también un derecho o interés legítimo en los términos establecidos en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tal y como ha justificado acertadamente el SDCA en su propuesta de resolución, lo que permite reconocerle la condición de interesada.
- c) Obviamente, el Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte, del Gobierno de Aragón, en calidad de denunciado.

QUINTO.- Marco normativo y competencial de la enseñanza universitaria.

De conformidad con el reparto de competencias previsto en los artículos 148 y 149 de la Constitución española, el artículo 73 del Estatuto de Autonomía de Aragón aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, atribuye a la Comunidad Autónoma la *“competencia compartida en enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, que, en todo caso, incluye la ordenación del sector de la enseñanza y de la actividad docente y educativa, su programación, inspección y evaluación; el establecimiento de criterios de admisión a los centros sostenidos con fondos públicos para asegurar una red educativa equilibrada y de carácter compensatorio; la promoción y apoyo al estudio; la formación y el perfeccionamiento del personal docente; la garantía de la calidad del sistema educativo, y la ordenación, coordinación y descentralización del sistema universitario de Aragón con respeto al principio de autonomía universitaria”*.

El traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de universidades se produjo por Real

Decreto 96/1996, de 26 de enero, siendo el Decreto 40/1996, de 13 de marzo, del Gobierno de Aragón, el que asignó al Departamento de Educación y Cultura las competencias transferidas por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma en materia de Universidades.

No obstante, es la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades (en adelante, LOU), norma básica que desarrolla los derechos fundamentales a la educación y la libertad de enseñanza recogidos en el artículo 27 de la Constitución española y que consagra el principio de autonomía universitaria, la que detalla la distribución competencial entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las propias universidades en esta materia y, en consecuencia, delimita el conjunto de competencias que las Comunidades Autónomas tienen atribuidas.

Es por ello, que el análisis del ordenamiento normativo de la enseñanza universitaria en Aragón debe partir de lo dispuesto en dicha norma y completarse con las disposiciones legales y reglamentarias que han sido aprobadas en nuestra Comunidad Autónoma en materia de Universidades, análisis que se centrará en los preceptos legales y normas que contienen el régimen jurídico de las Universidades privadas, que constituyen el objeto del presente expediente.

a) Ley Orgánica 6/2001, de Universidades (LOU) y su norma de desarrollo

El artículo 3 LOU define las universidades privadas como aquellas instituciones que no tienen la condición de universidades públicas, que sean reconocidas como tales en los términos establecidos por esta Ley, y cumplan las funciones propias de las universidades, definidas en su artículo 1.2. Dichas funciones son las siguientes:

- *La creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura.*
- *La preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos y para la creación artística.*
- *La difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida, y del desarrollo económico.*
- *La difusión del conocimiento y la cultura a través de la extensión universitaria y la formación a lo largo de toda la vida.*

El artículo 12 de la LOU, que regula la estructura y centros de las Universidades Privadas, establece en su apartado segundo que *“El reconocimiento de la creación, modificación y supresión en las Universidades privadas de los centros a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, así como de la implantación y supresión en las mismas de enseñanzas conducentes a la obtención de títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, se efectuará a propuesta de la Universidad, en los términos previstos en el capítulo I de este Título”*. Ello supone una remisión a la regulación de la estructura de las Universidades Públicas, prevista en los artículos 7 a 11 de la citada norma.

Es el artículo 8.2 LOU el que regula las facultades, escuelas y escuelas de doctorado, disponiendo que *“La creación, modificación y supresión de dichos centros, así como la implantación y supresión de las enseñanzas conducentes a la obtención*

de títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7 y 35, serán acordadas por la Comunidad Autónoma, bien por propia iniciativa, con el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad, bien por iniciativa de la universidad, mediante propuesta del Consejo de Gobierno, en ambos casos con informe previo favorable del Consejo Social” .

Del análisis de estos preceptos se deduce que la implantación de enseñanzas conducentes a la obtención de títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional se efectúa a propuesta de la Universidad privada, y será acordada por la Comunidad Autónoma.

A su vez, el artículo 35.2 LOU establece que *“Para impartir enseñanzas oficiales y expedir los correspondientes títulos oficiales, con validez en todo el territorio nacional, las universidades deberán poseer la autorización pertinente de la Comunidad Autónoma, según lo dispuesto en la legislación de la misma y lo previsto en el artículo 8 de esta Ley, y obtener la verificación del Consejo de Universidades de que el oportuno plan de estudios se ajusta a las directrices y condiciones establecidas por el Gobierno. El procedimiento deberá preservar la autonomía académica de las universidades”*. El apartado tercero de este mismo artículo señala que *“Tras la autorización de la Comunidad Autónoma y la verificación del plan de estudios que otorgue el Consejo de Universidades, el Gobierno establecerá el carácter oficial del título y ordenará su inscripción en el Registro de universidades, centros y títulos”*; y, según el apartado cuarto, *“Una vez que el Gobierno haya aprobado el carácter oficial de dicho título, el Rector ordenará publicar el plan de estudios en el “Boletín Oficial del Estado” y en el diario oficial de la Comunidad Autónoma”*.

De acuerdo con lo dispuesto en los preceptos mencionados, hay que concluir que la implantación de enseñanzas conducentes a la obtención de títulos de carácter oficial requiere, además de la autorización de la Comunidad Autónoma, la verificación del plan de estudios por parte del Consejo de Universidades, y el establecimiento del carácter oficial del título por parte del Gobierno, que es también el competente para determinar los requisitos de creación y mantenimiento de los centros (artículo. 7 LOU).

En desarrollo de la LOU se aprobó por el Ministerio de Educación y Ciencia el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, que desarrolla la estructura de estas enseñanzas de conformidad con las líneas generales emanadas del Espacio Europeo de Educación Superior, detallando las directrices, condiciones y procedimiento de verificación que deben superar los planes de estudios.

El artículo 2 del Real Decreto establece que es de aplicación *“a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado, Máster y Doctorado impartidas por las Universidades españolas, en todo el territorio nacional”* y el artículo 3 reitera el procedimiento ya citado para la implantación de nuevas enseñanzas: *“Dichos planes de estudios habrán de ser verificados por el Consejo de Universidades y autorizados en su implantación por la correspondiente Comunidad Autónoma”*.

Finalmente, el artículo 25 de este Real Decreto impone, además de los requisitos anteriores, la remisión a la ANECA o correspondiente órgano de evaluación

determinado por las Comunidades Autónomas –en el caso de Aragón, la Agencia de Calidad y Prospectiva Universitaria-, para que elabore el informe de evaluación.

b) Ley 1/2005, de 24 de febrero, por la que se reconoce a la Universidad Privada “San Jorge”.

El artículo 1 de la citada Ley autonómica “reconoce la Universidad “San Jorge” como Universidad privada” que “se regirá por la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, por las normas que dicten el Estado y la Comunidad Autónoma de Aragón en el ejercicio de sus respectivas competencias, por la presente Ley y las normas que la desarrollen, así como por sus propias normas de organización y funcionamiento y por la legislación vigente en materia de Fundaciones” (artículo 2.1).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.2 “El reconocimiento de la creación de nuevos centros en la Universidad privada «San Jorge» y la posterior modificación y supresión de éstos, así como de la implantación en ella de nuevas enseñanzas conducentes a títulos oficiales y con validez en el territorio nacional y su homologación, exigirá el cumplimiento de los requisitos a que se refiere la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y cuantas otras normas se dicten en su desarrollo”, siendo preceptivo que dicha Universidad solicite “la homologación de planes de estudios y de títulos a expedir siguiendo el procedimiento regulado en el artículo 35 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades” (artículo 4.1).

Según el apartado 2 del artículo 4 “Una vez homologados los planes de estudios y los títulos, el Departamento competente en materia de Universidades del Gobierno de Aragón, a solicitud de la Universidad privada «San Jorge» y en plazo no superior a seis meses, otorgará la autorización para la puesta en funcionamiento y consiguiente inicio de las actividades académicas después de comprobar el cumplimiento de los compromisos adquiridos”.

c) Ley 5/2005, de 14 de junio, de Ordenación del Sistema Universitario de Aragón (LOSUA).

En desarrollo de la competencia reconocida en el entonces vigente artículo 36 del Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, en la redacción resultante de la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre (actual artículo 73 del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril), las Cortes de Aragón aprobaron la Ley 5/2005, de 14 de junio, de Ordenación del Sistema Universitario de Aragón (LOSUA), que regula los diversos aspectos sobre los que la Comunidad Autónoma tiene competencia y que deben ser establecidos por ley. Esta norma se encuentra en vigor desde el 25 de junio de 2005. En ella se regula el sistema universitario propio, configurado por las universidades creadas o reconocidas mediante ley, así como por los centros públicos o privados que desarrollan su actividad en el territorio aragonés en el ámbito de la enseñanza universitaria, incluidos los centros asociados a la UNED, además de los centros de enseñanzas artísticas de grado superior, públicos o privados.

El artículo 6 LOSUA establece que “el reconocimiento de universidades privadas se llevarán a cabo mediante Ley de Cortes de Aragón, sin perjuicio de lo previsto en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades” y el artículo

14 confirma, como no podía ser de otra manera, el sistema que regula la LOU para la implantación de nuevos títulos oficiales: *“El reconocimiento de la creación, modificación y supresión en las universidades privadas de centros, así como la implantación y supresión en las mismas de las enseñanzas conducentes a la obtención de títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, se efectuará por el Gobierno de Aragón a propuesta de la correspondiente universidad. La decisión del Gobierno se adoptará en el plazo de tres meses, transcurridos los cuales sin resolución expresa, se entenderá adoptada negativamente”.*

Dichos preceptos deben completarse con lo dispuesto en el artículo 5 LOSUA en el que se define los objetivos de la programación universitaria en Aragón:

“1. La programación universitaria es el conjunto de disposiciones y decisiones articuladas sistemáticamente que tiene como objeto la planificación a medio y largo plazo de la actividad de enseñanza universitaria desarrollada en Aragón.

En la configuración de la programación universitaria se deberá tener en cuenta:

- a) El grado de demanda de los diferentes estudios y las necesidades de la sociedad en educación universitaria.*
- b) El equilibrio territorial, en un marco de eficiencia en la utilización de los medios materiales y de los recursos humanos del sistema universitario de Aragón, y los costes económicos y su financiación.*
- c) La especialización y diversificación universitaria en un contexto de cooperación interuniversitaria.*
- d) La actividad de investigación que en el sistema universitario de Aragón vaya a desarrollarse teniendo en cuenta, a esos efectos, lo que se deduzca del plan específico vigente en cada momento.*

2. La aprobación de la programación universitaria corresponde al Gobierno de Aragón, y su desarrollo y ejecución están atribuidos al Departamento competente en materia de educación universitaria.

3. En la formación y desarrollo de la programación universitaria se dará audiencia a las universidades. Asimismo se deberán tener en cuenta los planes estratégicos o instrumentos semejantes que diseñen las universidades.

4. Mediante Acuerdo del Gobierno de Aragón se fijarán los objetivos en materia de enseñanza universitaria y de la investigación. De los acuerdos adoptados en este ámbito se dará información a las Cortes de Aragón.

5. La actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma deberá adecuarse a la programación universitaria existente en cada momento.

6. La programación universitaria deberá revisarse cada cuatro años y, si se considera pertinente, cuando se abra una nueva Legislatura.”

Por consiguiente en esta ley se establece la competencia del Gobierno de Aragón para la aprobación de la programación universitaria y sus objetivos y se atribuye al Departamento de Educación su desarrollo y ejecución.

d) Normas de desarrollo del Departamento de Educación del Gobierno de Aragón

El Departamento de Educación, en desarrollo de los preceptos de la Ley autonómica que recogen el régimen jurídico aplicable a las universidades aragonesas públicas y privadas, ha aprobado diversas normas que resultan relevantes en el

presente expediente y que cumplen con esa función de concretar la programación y objetivos de la programación universitaria:

- ***La Orden de 19 de diciembre de 2011, de la Consejera de Educación, Universidad, Cultura y Deporte, por la que se determina el procedimiento para la implantación, modificación, supresión y renovación de la acreditación de enseñanzas universitarias oficiales en la Comunidad Autónoma de Aragón.***

La Orden determina el procedimiento al que deberán ajustarse la Universidad de Zaragoza y la Universidad Privada "San Jorge", los centros integrados o adscritos a ellas, así como, en su caso, los centros adscritos a universidades que, no perteneciendo al sistema universitario de Aragón, tengan su sede en la Comunidad Autónoma de Aragón, para la implantación, modificación, supresión y renovación de la acreditación de enseñanzas universitarias oficiales.

El artículo 7 establece que, con carácter previo a la solicitud de verificación de los planes de estudios al Consejo de Universidades, la Universidad presentará su propuesta con objeto de obtener informe favorable del Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte. Recibida la propuesta, la Dirección General de Universidades recabará en todos los casos el informe preceptivo de la Agencia de Calidad y Prospectiva Universitaria de Aragón (ACPUA).

Sin embargo, cabe señalar que esta Orden no estaba vigente en el momento en el que la Universidad San Jorge solicitó por primera vez la implantación del Grado en Psicología -28 de septiembre de 2009, tal y como consta en la documentación aportada-. Lo estaba la Orden de 20 de abril de 2009, de la Consejera de Ciencia, Tecnología y Universidad, por la que se determinaba el procedimiento para la implantación y puesta en funcionamiento de enseñanzas universitarias oficiales para el curso 2010-2011, en la que el informe de la ACPUA no se preveía como preceptivo. Sí que estaba en vigor y resultaba de aplicación el Real Decreto 1393/2007, del Ministerio de Educación y Ciencia cuyo art. 25, anteriormente mencionado, exigía el informe de la ANECA o del correspondiente órgano de evaluación autonómico con carácter preceptivo.

- ***La Orden de 28 de junio de 2012, de la Consejera de Educación, Universidad, Cultura y Deporte, por la que se publica el Acuerdo de 19 de junio de 2012, del Gobierno de Aragón, por el que se establecen los principios y requisitos que guiarán la programación de las enseñanzas universitarias oficiales en la Comunidad Autónoma de Aragón para el periodo 2012-2015.***

El artículo primero de esta Orden detalla los siguientes principios de programación universitaria que servirán de base para la implantación, modificación, supresión y renovación de la acreditación de enseñanzas universitarias oficiales en la Comunidad Autónoma de Aragón:

1. La consolidación de la oferta de enseñanzas en el sistema universitario de Aragón una vez adaptadas al Espacio Europeo de Educación Superior.
2. La armonización de las enseñanzas entre centros, campus y universidades.
3. El equilibrio territorial que refleje la diversidad de nuestras poblaciones.

4. La eficiencia en la gestión de recursos.
5. La calidad de las enseñanzas y de la investigación, como principio vertebrador del Espacio Europeo de Educación Superior.
6. La viabilidad y sostenibilidad de las enseñanzas.
7. La demanda social de las enseñanzas.
8. La inserción laboral y profesional.
9. La internacionalización.

Asimismo dispone en su artículo 2 que *“la implantación de nuevas enseñanzas de Grado no podrá suponer la duplicidad de las enseñanzas existentes en los centros universitarios de Huesca, Teruel y La Almunia de Doña Godina”*.

Esta Orden tampoco estaba en vigor en el momento en el que la Universidad San Jorge solicitó por primera vez la implantación del Grado de Psicología (28 de septiembre de 2009) resultando de aplicación el Acuerdo de 20 de noviembre de 2007, del Gobierno de Aragón, por el que se establecen los objetivos y criterios que guiarán la programación de las enseñanzas universitarias a implantar en la Comunidad Autónoma de Aragón para el periodo 2007-2011, que ha sido el precedente inmediato de la Orden de 28 de junio de 2012 cuya adecuación al Derecho de la competencia se plantea por la parte denunciante en el presente expediente. En dicho Acuerdo se definían los objetivos de la programación universitaria para el citado periodo (apartado primero), así como los criterios para el establecimiento de prioridades para implantar enseñanzas universitarias oficiales de Grado (apartado tercero):

- a) La potencial demanda social.
- b) La viabilidad académica.
- c) La vinculación con las líneas estratégicas de desarrollo establecidas para nuestra Comunidad Autónoma.
- d) La descentralización universitaria, tendiendo a la formación a medio plazo de campus temáticos o especializados en torno a una o dos ramas del conocimiento, sin que ello impida el mantenimiento en los mismos de titulaciones ya implantadas y con suficiente demanda.
- e) El grado de cumplimiento de los requisitos legales en cuanto a recursos materiales y humanos.
- f) La conexión del plan de estudios con uno o más proyectos de investigación.
- g) Las previsiones de conexión entre las enseñanzas de Grado, Máster y Doctorado.
- h) La conexión de las enseñanzas universitarias de Grado con el mapa de titulaciones no universitarias, sobre todo con las de Formación Profesional de grado superior y con las enseñanzas artísticas, deportivas y de idiomas.
- i) La cooperación interuniversitaria a través de la movilidad de estudiantes y profesores con el reconocimiento y transferencia de créditos académicos, la programación conjunta de actividades de extensión universitaria y la difusión de buenas prácticas docentes.
- j) La colaboración con el tejido empresarial y social, fundamentalmente para la realización de prácticas de estudiantes.
- k) La inserción laboral de egresados universitarios.
- l) La creación de empresas con base tecnológica.
- m) La transferencia de resultados de la investigación universitaria al ámbito productivo.

SEXTO.- Análisis de la existencia de una conducta prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Como se ha expuesto, la conducta denunciada y objeto de la presente resolución viene delimitada por la actuación del Gobierno de Aragón (Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte) que emitió un informe desfavorable a la implantación del Grado de Psicología de la Universidad San Jorge. Dicha actuación, así como las normas aprobadas por el Departamento de Educación del Gobierno de Aragón en la materia son consideradas por la universidad privada contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia.

Las supuestas prácticas restrictivas de la competencia hacen referencia, en consecuencia, a la actuación desarrollada por el Departamento de Educación del Gobierno de Aragón. Por ello, antes de analizar cualquier otra cuestión, resulta necesario determinar si la Administración aragonesa, en la actuación denunciada, está o no sujeta a la Ley de Defensa de la Competencia.

Al respecto hay que indicar que el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia ya señaló en numerosas Resoluciones, que la LDC es una Ley general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados, y que ha de respetarse por todos ellos en sus actuaciones, sin que exista una exoneración genérica de los actos de la Administración Pública respecto de la aplicación de la LDC, pues el Derecho Administrativo no es el único derecho que regula toda la actividad de la Administración Pública.

Tal afirmación se desprende del contenido del propio art. 103.1 de la Constitución española cuando declara que *“la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”*.

No existe una exoneración genérica de los actos de la Administración Pública respecto de la aplicación de la LDC. Puesto que tanto desde el punto de vista del Derecho comunitario (art. 101 y 102 TFUE) como del Derecho interno (art. 1 LDC) el Derecho de la competencia se aplica a las empresas y el concepto de empresa lo debemos interpretar de forma amplia. En este sentido, hay que recordar que, según reiterada jurisprudencia del TJCE (entre otras, Ss. 2002/299, asunto C-82/01P [TJCE 2002, 299]), *“el hecho de que una entidad disponga de prerrogativas de poder público para el ejercicio de una parte de actividad, no impide calificarla de empresa a efectos del art. 86 del Tratado (LCEur 1986, 8” y TJCE 2002, 299) señalándose que “el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación” y que “para determinar si las actividades de que se trata son las de una empresa en el sentido del art. 86 del Tratado hay que examinar cuál es la naturaleza de dichas actividades”*. Debiéndose también tener en cuenta que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *“constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado y que el hecho de que una actividad pueda ser ejercida por una empresa privada constituye un indicio suplementario que permite calificar la actividad en cuestión como actividad*

empresarial". En este mismo sentido STJ (Gran Sala) de 1 de julio de 2008 asunto C49/07.

La propia Ley de Defensa de la Competencia prevé también el sometimiento, en principio, de la actuación de la Administración Pública a dicha normativa. La formulación de la norma reguladora de la competencia parte de un criterio negativo y restrictivo: solo resulta exonerada la actuación administrativa contraria a la Ley de protección de la libre competencia cuando se encuentre expresamente amparada por una norma de rango legal (art. 4 LDC). Es más, en el párrafo segundo de dicho precepto, se dispone que *"las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal"*. En consecuencia, el criterio general es el sometimiento y la excepción, amparada en una ley formal, es la exclusión de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia.

Pero, para que se aplique esta normativa es preciso que concurra el presupuesto objetivo de la misma, es decir, que se trate de una actividad que afecte a la libre competencia. Lo que se ha considerado como la actuación como operador económico y no como actividad netamente administrativa. La posibilidad de que la Administración Pública actúe en el mercado como oferente o demandante de productos o servicios es reconocida a los poderes públicos por la Constitución (art. 128). En esta actuación se le somete a las reglas y al marco concurrencial que se aplica a los operadores privados.

El artículo 4 LDC introduce el principio general de que las restricciones a la competencia que carezcan de amparo legal estarán prohibidas y, por consiguiente, aquellas restricciones que no resulten de la aplicación de una ley no serán válidas. Esto significa que las prohibiciones contenidas en la LDC se aplicarán a las actuaciones de las Administraciones públicas como agente u operador en el mercado. Pero es preciso que se actúe en el mercado, por lo que ya el antiguo TDC sometía a las normas de defensa de la competencia las actuaciones anticompetitivas que no se realizaban en el ejercicio de un *ius imperii* y que carecían de amparo legal. En este sentido, acerca de los límites de la actuación de las autoridades de competencia frente a la actividad de las Administraciones Públicas, se ha pronunciado tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como el Consejo de la CNC en reiteradas ocasiones (Resolución de 27 de noviembre de 2002 (AC 2004, 50), Resolución de 8 de marzo de 2006 (JUR 2006 137385), Resolución de 26 febrero de 2008 (AC 2008 1749)), concluyendo que en estos casos *"La Administración está actuando en ejercicio de funciones que le son propias en cuanto que ente de Derecho Público revestido de imperio, esto es, en ejercicio de potestades exorbitantes para el cumplimiento de sus fines, sin que dicha actividad esté sujeta a la LDC y sea, por lo tanto, susceptible de fiscalización por parte de los órganos de Defensa de la Competencia, correspondiendo el control de legalidad de dicha actuación a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa"*. (Resolución de 29 enero 2007 AC\2007\478).

No obstante, todas estas cuestiones deben determinarse en cada caso concreto.

Partiendo de estos presupuestos, hay que concluir que en el presente expediente, en el que se cuestiona la decisión del Gobierno de Aragón de conceder o

denegar la autorización para la implantación de un nuevo título de carácter oficial, nos encontramos con un acto administrativo sometido a normas de Derecho público, es decir, es una manifestación del *ius imperii* de la Administración Pública en el ejercicio de una competencia que le atribuye la Ley, y no puede sostenerse, en ningún caso, que en esta actuación el Gobierno de Aragón haya asumido el papel de operador económico. Tanto la Ley Orgánica 6/2011, de Universidades, como la Ley 5/2005, de 14 de junio, de Ordenación del Sistema Universitario de Aragón, atribuyen expresamente al órgano competente de la Comunidad Autónoma la competencia para conceder o denegar la autorización para la implantación de nuevos títulos universitarios de carácter oficial. En este sentido, y tal y como consta en la documentación aportada por el denunciante, se han emitido dos informes, uno de ellos por parte de la Dirección General de Universidades, y otro por parte de la Agencia de Calidad y Prospectiva de Aragón (ACPUA), que el denunciante califica como actos de trámite.

Dichos informes desfavorables –cuestionados por la universidad privada denunciante– analizan el cumplimiento de la normativa aplicable que ha sido expuesta en el fundamento jurídico anterior y en concreto, el cumplimiento de las prescripciones previstas en el artículo 5 LOSUA que fueron desarrolladas por el Acuerdo de 20 de noviembre de 2007 del Gobierno de Aragón, en el que se establecen los objetivos y criterios que regularán la programación de las enseñanzas universitarias a implantar en nuestra Comunidad para el periodo 2007-2011 y posteriormente, por la Orden de 28 de junio de 2012 para el periodo 2012-2015.

Ambos informes motivan su decisión en las repercusiones negativas que en el plano del equilibrio territorial al que hace referencia el artículo 5 de la LOSUA puede tener la implantación del Grado de Psicología solicitado. En este sentido, el informe de la ACPUA de 26 de enero de 2012 destaca la falta de coherencia con la oferta general de enseñanzas oficiales de Aragón, *“ya que la implantación del grado de psicología de la Universidad San Jorge tendrá por consecuencia un solapamiento de su oferta tanto con la universidad de Zaragoza como con la UNED, lo que seguramente vendría a perturbar esa relación de la oferta con las necesidades del tejido social y productivo aragonés a la que se refiere el acuerdo de 20 de noviembre de 2007 del Gobierno de Aragón (...) Dado que esta universidad imparte esta titulación en uno de sus campus periféricos este efecto puede tener a su vez repercusiones en el plano del equilibrio territorial al que alude la LOSUA con carácter general”* (folios 16 a 33).

También es desfavorable a la solicitud formulada el informe del Director General de Universidades de 26 de enero de 2012 (folios 34 a 37), de acuerdo con lo indicado en el emitido por la ACPUA, y tras analizar otros aspectos relativos a la falta de acreditación del grado de demanda y necesidad social; al equilibrio territorial en un marco de eficiencia en la utilización de los medios materiales; los recursos humanos; los costes económicos y su financiación, así como a la especialización y diversificación universitaria y la falta de garantías suficientes para aprobar una duplicidad de oferta en un marco de descentralización universitaria que tiende a la especialización.

Dichos informes son emitidos en cumplimiento de las competencias atribuidas al Gobierno de Aragón por la normativa reguladora de la enseñanza universitaria que ha sido expuesta y no pueden ser analizados desde la perspectiva de la Ley de Defensa de la Competencia. Y ello es así porque, en relación con los hechos denunciados, la Administración Pública (Departamento de Educación del Gobierno de

Aragón) está actuando en su función reguladora y no como operador económico.

En efecto, en el presente expediente la decisión de no autorizar la implantación del grado de psicología ha sido tomada por la Administración competente, la Comunidad Autónoma de Aragón, y en las funciones que la Ley le encomienda (LOU y LOSUA), por lo que, aunque afectara a la libre competencia estaría amparada en una norma legal.

Como se concluye de la doctrina expuesta, no corresponde a los órganos de defensa de la competencia analizar la motivación recogida en los informes desfavorables emitidos por el Departamento de Educación del Gobierno de Aragón. El control de legalidad de los actos administrativos está atribuido con carácter excluyente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y será ésta quien deba apreciar si las razones que motivaron la negativa e informe desfavorable a la autorización solicitada son consistentes y están justificadas en aras de la defensa del interés general que tiene encomendado el órgano administrativo o si, por el contrario, no existe justificación a la negativa ni por tanto a la limitación por ella impuesta.

En consecuencia, en la medida que no se trata de un operador privado, sino de la decisión de una Autoridad administrativa en el ejercicio de sus facultades públicas, los órganos de competencia no pueden entender de la misma y la revocación de la denegación sólo puede ser requerida ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Respecto a las normas de desarrollo dictadas por la Consejería de Educación y mencionadas en la letra d) del Fundamento de Derecho quinto (concretamente las Órdenes de fechas 19 de diciembre de 2011 y de 28 de junio de 2012, y, en general, de *“la normativa emanada del Departamento de Educación del Gobierno de Aragón”*, que alega el denunciante), serían normas que, de resultar anticompetitivas no estarían amparadas por una norma legal (art. 4, 2 LDC) pero no podrían considerarse tampoco sometidas a los órganos de defensa de la competencia por no haber actuado la administración como operador económico. No será competencia de los órganos de defensa de la competencia el análisis de la decisión administrativa adoptada, sino de los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La conformidad de las normas administrativas con la legalidad vigente es una cuestión que no compete resolver a los órganos de defensa de la competencia, que no pueden declarar la nulidad o inaplicarlas (art. 18,2 de la Ley 30/1992 “Las normas y actos dictados por los órganos de las Administraciones pública deberán ser observados por el resto de los órganos administrativos, aunque no dependan jerárquicamente entre sí o pertenezca a otra Administración”). Las autoridades de la competencia no tienen facultad para anular o prescindir de los reglamentos o actos administrativos, mientras no se destruya la presunción de legalidad de la que gozan y para ello tendrá que acudir a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido hay que recordar que la Resolución de la CNC de 20 de noviembre de 2008, Expte. S/0083/08, *Comunidad Autónoma de Aragón*, resolviendo una denuncia frente a posibles restricciones de la competencia por parte de una disposición de carácter reglamentario aprobaba por el Gobierno de Aragón, ya indicó lo siguiente:

“De acuerdo con reiterada doctrina del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), los actos de la Administración están sujetos a los artículos 1 a 3

de la LDC solo si esta actúa en el mercado como operador económico y no cuando actúa en el ejercicio de su ius imperii (Resoluciones de 20 de marzo de 1998, Expte. 419797; de 31 de mayo de 2000, Expte. r. 363/99 y de 23 de enero de 2007 Expte. R 695/06. (...)

La revisión de la adecuación de los actos administrativos a las leyes en que se fundamentan corresponde a la jurisdicción Contencioso-administrativa (...) mientras que los órganos de defensa de la competencia solo pueden intervenir en la instrucción y resolución de los expedientes relativos a las conductas que infringen la Ley de Defensa de la Competencia” (Resolución de 31 de mayo de 2000. Expte. R 363/99, FD 1)”

La resolución concluye afirmando que “(...) esta actuación de orden administrativo escapa del ámbito de aplicación de las prohibiciones establecidas en la legislación de defensa de la competencia”.

Por todo ello, habiendo quedado suficientemente acreditado que la Administración Pública denunciada ha actuado como ente de Derecho Público, en su función reguladora y no en calidad de operador de mercado, debe procederse al archivo del presente expediente.

SEPTIMO.- Conclusión del análisis de las conductas denunciadas: ejercicio del “ius imperii” de la administración y archivo de la denuncia.

Sin perjuicio de que las actuaciones denunciadas pudieran ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, auténtico mecanismo de revisión de normas y actos administrativos, para lo cual estaría legitimado el TDCA siempre que estimara que de los actos administrativos y las disposiciones reglamentarias se derivaran obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva (art. 13, 2 LDC). En el supuesto denunciado hay que concluir que no se ha producido ninguna infracción de la Ley de Defensa de la Competencia por parte del Gobierno de Aragón y su departamento competente en materia de educación, quien, actuando en el ejercicio del *ius imperii* del que es titular, ha denegado o informado desfavorablemente la autorización para la implantación del Grado de Psicología en la Universidad San Jorge y ha aprobado, en el ámbito de sus competencias, normas reguladoras de los procedimientos y criterios a seguir para la implantación de enseñanzas universitarias en Aragón.

Por ello, debe procederse al archivo del expediente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón

RESUELVE

Único.- Hacer suya la propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia de no acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra el Gobierno de Aragón por infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia,

y proceder al archivo de la denuncia y de las actuaciones realizadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la citada Ley 15/2007, de 3 de julio”.

7 de noviembre de 2013