

**ACUERDO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN.
EXPEDIENTE 5/2015, ASUNTO “FISIOTERAPIA”.**

Pleno

Presidente
D. Javier Oroz Elfau

Vocales
D. Ignacio Moralejo Menéndez
D.^a Mercedes Zubiri de Salinas
D. Carlos Corral Martínez
D. Javier Nieto Avellanad

Zaragoza, a 6 de octubre de 2016

EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN, con la composición expresada y actuando como ponente el vocal D. Carlos Corral Martínez, examinado el expediente tramitado por el Servicio de la Competencia de Aragón bajo el número 5/2015, en relación con la propuesta de resolución realizada por dicho Servicio y elevada al Tribunal de archivo de la denuncia, dicta esta RESOLUCION, con apoyo en los antecedentes y fundamentos jurídicos que a continuación se exponen:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de noviembre de 2015 tiene entrada en el Gobierno de Aragón a través de la Oficina Delegada de Ejea de los Caballeros, denuncia presentada por D. Mikel Dosuna de Bustos, en nombre y representación de FISIOTERAPIA DIGESTIVA HTC, SOCIEDAD CIVIL contra D.^a María del Mar Ruíz Labairu por la realización de presuntos actos desleales contrarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

En dicho escrito se denuncia el incumplimiento de varias cláusulas del contrato laboral firmado entre la denunciada, D.^a María del Mar Ruíz Labairu y la sociedad civil Fisioterapia Digestiva HTC.

Entre los incumplimientos del contrato en la denuncia se relacionan los siguientes: que la denunciada carecía de todo tipo de infraestructura productiva y de material propios necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, sirviéndose para beneficio propio y en concurrencia con la sociedad denunciante de la infraestructura productiva de la misma, que la denunciada nunca comunicó por escrito a su cliente, la sociedad civil FISIOTERAPIA DIGESTIVA HTC, las variaciones en la condición de dependiente económicamente que se produjeron durante la vigencia del contrato y que la denunciada era titular de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público y ejercía la profesión

conjuntamente con otros profesionales en clara competencia desleal con la sociedad civil denunciante, según manifestaciones de dicha sociedad.

La sociedad civil denunciante solicita que por los hechos expuestos se inicie el procedimiento sancionador por incumplimiento de la Ley 15/2007, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia contra D.^a María del Mar Ruíz Labairu.

SEGUNDO.- Mediante requerimiento de 18 de diciembre de 2015 se solicita al denunciante que acredite que efectivamente puede actuar en representación de la sociedad civil FISIOTERAPIA DIGESTIVA HTC, y que confirme el domicilio a efectos de notificaciones.

En fecha 8 de enero de 2016 tuvo entrada en el Gobierno de Aragón, a través de la Oficina Delegada de Ejea de los Caballeros, la documentación que se le había requerido a D. Mikel Dosuna de Bustos, quien acreditó que efectivamente actúa en nombre y representación de la sociedad civil FISIOTERAPIA DIGESTIVA HTC.

TERCERO.- 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 Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia oficio de fecha 8 de enero de 2016, en el que se expresaba que la competencia para resolver sobre la conducta denunciada corresponde a los órganos de defensa de la competencia de Aragón al no producir afección a un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma, dado que el ámbito territorial del contrato parece limitarse a Aragón y en concreto a la ciudad de Zaragoza.

Mediante escrito de la Dirección de Competencia, de 25 de enero de 2016 (recibido en el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón el 26 de enero), 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.- En cumplimiento de lo dispuesto en el Protocolo de Colaboración nº 2 entre el Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón, se comunica, mediante escrito de fecha 27 de enero de 2016, al Tribunal la denuncia objeto del presente expediente, haciéndose igualmente indicación de las actuaciones practicadas hasta la fecha.

QUINTO.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia y en el artículo 27 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Director General de Economía elevó a este Tribunal la propuesta de resolución en el sentido de no acordar la incoación de un procedimiento sancionador por no existir indicios racionales para iniciar un procedimiento sancionador por infracción de la conducta prohibida en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y por tanto proceder al archivo de las actuaciones realizadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia de los órganos de defensa de la competencia de Aragón. El presente expediente se inicia en virtud de denuncia presentada, con fecha 27 de noviembre de 2015, por D. Mikel Dosuna de Bustos, en nombre y representación de FISIOTERAPIA DIGESTIVA HTC, SOCIEDAD CIVIL contra D^a. María del Mar Ruíz Labairu por la realización de presuntos actos desleales contrarios a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, 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.

SEGUNDO.- 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 los incumplimientos denunciados del “contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente” suscrito entre la sociedad civil FISIOTERAPIA DIGESTIVA HTC y la denunciada, D.^a María del Mar Ruiz Labairu constituyen conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

No obstante, en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, prevé la posibilidad de acordar la no incoación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la mencionada Ley 15/2007, de 3 de julio, y el archivo de las actuaciones cuando se considere que no hay indicios de infracción de la misma.

Esta misma posibilidad está regulada en el artículo 27.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

Según lo dispuesto en el mismo, y teniendo en cuenta el 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 en Aragón, el Servicio de Defensa de la Competencia, con el fin de que el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas en su caso, así como de una propuesta de archivo.

TERCERO.- Análisis de la existencia de una conducta prohibida por la Ley. Las facultades de los órganos autonómicos de defensa de la competencia ante los que se ha presentado la denuncia, según el Decreto 29/2006, de 24 de enero, se ciñen a las conductas que la Ley 15/2007, de 3 de julio, prohíbe y que están tipificadas por el acuerdo

de voluntades entre entidades independientes (acuerdos o pactos colusorios, del artículo 1), por el abuso de empresas que tienen una posición de dominio en el mercado (artículo 2) y por determinados actos de competencia desleal en los que concurren los requisitos señalados en el artículo 3, y únicamente podrán conocer de dichas conductas cuando alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, sin afectar a un ámbito superior o al mercado nacional.

Los hechos denunciados consisten en el incumplimiento por parte de D.^a María del Mar Ruíz Labairu de alguna de las cláusulas del “contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente” suscrito por ella con la sociedad civil FISIOTERAPIA DIGESTIVA HTC.

CUARTO.- Pasando a analizar detenidamente si los hechos denunciados pueden constituir alguna de las conductas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, respecto a las prácticas prohibidas por el artículo 1 de la mencionada ley, en el que se prohíbe las conductas colusorias, el requisito imprescindible para su aplicación es la existencia de un concierto de voluntades entre diversos operadores económicos o de una asociación, exige por tanto de la actuación concertada entre varios agentes económicos susceptible de producir efectos anticompetitivos.

Sin embargo en este caso nos encontramos ante un acto unilateral, en tanto que la denuncia se formula contra una única persona, que consiste en el incumplimiento por parte de la denunciada de varias cláusulas del contrato laboral suscrito con la sociedad denunciante, por lo que se trataría de una actuación sin cobertura por este artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de mayo.

De manera que con respecto a la infracción del artículo 1 de la LDC, hay que señalar por una parte que, dado que la conducta denunciada que ha sido descrita (consistente en incumplimiento por parte de D.^a María del Mar Ruíz Labairu de alguna de las cláusulas del “contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente” suscrito por ella con la sociedad civil FISIOTERAPIA DIGESTIVA HTC) implica la actuación unilateral del denunciado frente a los denunciados, no cabe apreciar la existencia de bilateralidad y por lo tanto, no cabe la aplicación del artículo 1 de la LDC, precepto que prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en los mercados, y por otra parte, no existen indicios en la documentación obrante en el expediente de que la denunciada haya realizado ningún acuerdo o práctica concertada con determinados establecimientos o profesionales de la localidad para eliminar del mercado a otros establecimiento o profesionales c competidores.

QUINTO.- Para que los hechos denunciados fueran contrarios al artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en el que se prohíbe el abuso de posición dominante, se requiere en primer lugar que el operador económico ejerza una posición de dominio en el mercado relevante y asimismo abuse de tal posición privilegiada generando efectos anticompetitivos, ya sea debilitando a los competidores, obstaculizando la entrada a otras empresas o aplicando condiciones injustas a clientes o proveedores.

En este caso el mercado relevante es el de los servicios prestados por los fisioterapeutas, y más concretamente en la ciudad de Zaragoza, pues se trata de una sociedad civil de reducida dimensión y sin consultas fuera de la ciudad de Zaragoza, y como así se desprende también de la cláusula tercera del contrato incumplido objeto de la denuncia en el que se hace referencia al calendario laboral de Zaragoza.

Sin necesidad de análisis detallados, se puede concluir con determinación que la persona denunciada no ostenta una posición de dominio en el mercado de referencia, en tanto que el mercado compuesto por los servicios de fisioterapia en la ciudad de Zaragoza ofrece una variada y amplia oferta de profesionales y clínicas dedicadas a estos servicios, y ello teniendo en cuenta la definición otorgada a posición de dominio por la doctrina y jurisprudencia comunitaria según la cual, sería la capacidad de influencia que tiene esta única persona denunciada sobre la voluntad del resto de profesionales que ofrecen servicios de fisioterapia, y sobre el funcionamiento del propio mercado, de tal modo que le permitiría la posibilidad de desarrollar su propia estrategia de forma tan independiente que no necesita tener en cuenta los otros agentes económicos del mercado.

En resumen y de atendiendo a la Comunicación de 9 de diciembre de 1997 (97/372/03) de la Comisión Europea, la posición dominante es aquella que permite al que la disfruta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes, u en último término, de sus consumidores.

Resulta evidente que en este caso concreto la persona denunciada no ostenta una posición dominante en la prestación de servicios de fisioterapia en la ciudad de Zaragoza, en el que existe gran número de profesionales prestando tales servicios. Por ello, en tanto que la persona denunciada no ostenta ninguna posición de dominio en el mercado relevante, no cabe ya cuestionarse el posible abuso que podría haber ejercido en el mismo.

SEXTO.- Finalmente, en cuanto a la posible existencia de determinados actos de competencia desleal en los que concurren los requisitos señalados en el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, debe analizarse si efectivamente los hechos denunciados constituyen actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia, afecten al interés público.

Así pues, para que los órganos de defensa de la competencia puedan actuar deberán darse las tres condiciones que son cumulativas e independientes entre sí, debiendo por tanto comprobar sucesivamente la concurrencia de cada una de las tres condiciones (actos desleales, falseamiento de la libre competencia y afectación del interés público).

Dado que la legislación de defensa de la competencia no establece un concepto propio y diferenciado de competencia desleal (Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso- Administrativo de 8 de marzo de 2002, *asunto Aceites*), ni asume ni dispone de una noción de deslealtad concurrencial, ni unos criterios sustantivos distintos de los establecidos en la legislación contra la competencia desleal, para poder definir un acto como de competencia desleal habrá que acudir a las definiciones otorgadas por la legislación general sobre la materia, y en particular atendiendo a las reglas y principios

previstos en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

No obstante, en primer lugar señalar que el artículo 2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, donde se define el ámbito objetivo de aplicación de la ley, requiere que los comportamientos desleales sean realizados en el mercado y con fines concurrenciales, es decir que dichos actos sean objetivamente idóneos para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

Sin embargo atendiendo a los hechos denunciados, más que comportamientos desleales realizados en el mercado y con fines concurrenciales, atendiendo a la denuncia efectuada nos encontramos ante el incumplimiento de unas cláusulas de un contrato laboral denominado “contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente para la realización de la actividad económica o profesional”, y regulado en el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, en desarrollo de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

En concreto en los artículos 17 y 18 de la mencionada Ley 20/2007, de 11 de julio, se prevé que para el conocimiento de las pretensiones que se deriven de la relación entre el trabajador autónomo dependiente y su cliente, serán competentes los Juzgados y Tribunales del orden social, siendo requisito necesario para iniciar cualquier de las referidas reclamaciones judiciales, el intento de conciliación o mediación previa ante el órgano administrativo que asuma tales funciones.

No obstante, aun en el hipotético caso que se pudiera demostrar la existencia de comportamientos concurrenciales desleales, es requisito indispensable para poder aplicar las normas relativas a la defensa de la competencia así como la actuación de las autoridades competentes para garantizar la misma, que asimismo se haya producido un falseamiento de la libre competencia y que dicho falseamiento haya producido una afectación al interés público.

El falseamiento de la libre competencia, o también denominado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, como distorsión grave de las condiciones de competencia del mercado, debe conllevar una perturbación, real o potencial, del normal funcionamiento de la competencia en el mercado derivado, ya sea, de la obstaculización del acceso, consolidación o mantenimiento de los competidores en el mercado o bien una alteración del comportamiento de la demanda que amenaza el acceso consolidado o mantenimiento de los competidores en el mercado.

Esta alteración de la libre competencia, para ser salvaguardada por la Ley 15/2007, de 3 de julio, requerirá que se produzca en el entero mercado de cada caso, en decir, que además debe conllevar una afectación al interés público.

La defensa de la competencia entiende que el interés público tutelado es el mantenimiento y, en su caso, la potenciación de la competencia económica como principio regulador de los procesos de mercado, ya sea en sus aspectos estructurales o

funcionales, es decir que con los hechos denunciados se haya visto afectado el desenvolvimiento regular del mercado.

En este sentido se ha manifestado reiteradamente el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, según el cual: « (...) *En consecuencia, ante una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, el bien o servicio afectado, etc.; es decir, el contexto jurídico y económico afectado, de suerte que si tras este análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no sólo resulta superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica del Derecho contra la competencia desleal, sino que tal calificación carece de toda relevancia jurídica en la medida en que no concurre el presupuesto que habilita a la Autoridad de Competencia para sancionar actos de competencia desleal* ». (RCNC de 15 de diciembre de 2011 [JUR 2011, 441337] , expediente S/0350/11 y RCNC de 16 de enero de 2011 S/0353/11, CESPAs Gestión de Residuos).

Así pues, los órganos con facultades para la defensa de la competencia no deben intervenir siempre que las prácticas denunciadas sean cuestiones de interés particular irrelevantes para la competencia (y ello de acuerdo a diversas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, como por ejemplo la resolución de 10 de febrero de 2004, en el asunto “Peña Sagra”), debiendo distinguir por tanto entre el interés privado del operador económico lesionado por una determinada práctica y el interés público jurídicamente protegido por la Ley 15/2007, de 3 de julio.

En este caso, la sociedad denunciante no ha aportado indicio alguno de afectación al interés público, ni razonamiento alguno de cómo dicho interés podría haber sido afectado.

En el caso concreto denunciado se advierte de la existencia de un conflicto interpartes, que deberá ser resuelta dentro de su normativa concreta de aplicación según la materia y como anteriormente se ha expuesto, en concreto dentro del ámbito de derecho laboral y por los órganos jurisdiccionales del orden de lo social.

De la denuncia se desprende que se trata de una relación individualizada derivada de la existencia de un contrato de carácter laboral entre la sociedad denunciante y la persona denunciada, y que debido a la escasa dimensión y notoriedad del conflicto en el mercado relevante de la prestación de servicios de fisioterapia en la ciudad de Zaragoza, puede concluirse que los mismos no causan efectos significativos sobre el correcto funcionamiento del mercado en régimen de libre competencia, ni que exista afectación al interés público.

No obstante como ya se ha expuesto, si la sociedad denunciante considera ilícitamente perjudicados sus derechos económicos puede acudir en defensa de los mismos a la jurisdicción del orden social, teniendo en cuenta el procedimiento previsto para tal pretensión en los mencionados artículos 17 y 18 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

En virtud de lo expuesto, se puede concluir que de la denuncia presentada se desprende claramente que los hechos expuestos en la misma no constituyen ninguna de las infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de Ley 15/2007, de 3 de julio, por parte de D.^a María del Mar Ruíz Labairu.

SEPTIMO.- La competencia para adoptar la decisión de no incoar 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”*.

En este mismo sentido, el artículo 27.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, prevé que *con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia pueda acordar no incoar procedimiento y archivar las actuaciones en los términos establecidos en los artículo 44 y 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación le dará traslado de la denuncia recibida, de las actuaciones previas practicadas, en su caso, y de una propuesta de archivo.*

En consecuencia, y de conformidad con la Disposición Adicional Octava de la misma Ley, la traslación de esta disposición a los órganos aragoneses de defensa de la competencia determina que la competencia para decidir sobre la no incoación del expediente contra D.^a María del Mar Ruíz Labairu 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 4 del Decreto 5 de julio de 2015 de la Presidencia del Gobierno de Aragón, por el que se modifica la organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y se asignan competencias a los Departamentos.

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

Por todo ello, de conformidad con los fundamentos jurídicos esgrimidos en la presente resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón

ACUERDA

No acordar la incoación de un procedimiento sancionador contra D^a. María del Mar Ruíz Labairu por no existir indicios racionales para iniciar un procedimiento sancionador por infracción de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, **y proceder al archivo de la denuncia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la citada Ley 15/2007, de 3 de julio.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia de Aragón indicando al mismo tiempo que se notifique a los interesados.