

## **RESOLUCIÓN (Expte. S/0015/07, IMSERSO-ONCE)**

### **Consejo**

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vicepresidente  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero  
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Consejera  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup> María Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup> Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

Madrid, a 4 de Septiembre de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (el Consejo), con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/15/07 IMSERSO-ONCE, abierto por la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) a consecuencia del escrito procedente del Tribunal de Cuentas, acompañando a su “Informe de Fiscalización de los fondos públicos destinados por el IMSERSO a la financiación de los programas de accesibilidad durante el periodo 2001-2003”, en el que daba traslado a la CNC de ciertos hechos relativos a la gestión de los fondos destinados a la financiación de programas de accesibilidad que podrían constituir prácticas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia.

### **ANTECEDENTES**

1. El 8 de octubre de 2007 tuvo entrada en la DI escrito del Presidente del Tribunal de Cuentas de fecha 5 de octubre de 2007, acompañado del texto íntegro del “Informe de Fiscalización de los fondos públicos destinados por el IMSERSO a la financiación de los programas de accesibilidad durante el período 2001-2003” aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en su sesión de 29 de marzo de 2007, con el fin de poner de manifiesto ciertos

hechos relativos a la gestión de los fondos destinados a la financiación de los programas de accesibilidad que podrían haber favorecido a las sociedades del grupo Fundación ONCE, y constituir prácticas prohibidas por los artículos 1, 2 y 6 de la entonces en vigor Ley 16/1989, de 17 de julio (actualmente artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio), de Defensa de la Competencia.

2. Tras la práctica de diversos requerimientos de información a la Fundación ONCE y al IMSERSO (el primero de ellos realizado el 14 de diciembre de 2007), el 17 de junio de 2008 la Dirección de Investigación remitió al Consejo Propuesta de Resolución en el sentido de *“no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia del escrito remitido por el Tribunal de Cuentas, por considerar que no hay indicios de infracción de la mencionada Ley.”*.
3. La información reservada llevada a cabo por la DI en este expediente le ha permitido considerar como hechos acreditados:
  1. El Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) es una Entidad Gestora de la Seguridad Social, dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales con naturaleza de entidad de derecho público.

La Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) es una corporación sin ánimo de lucro de naturaleza privada. La Fundación ONCE, para la Cooperación e Integración Social de Personas con Discapacidad, nace en febrero de 1988, como un instrumento de cooperación y solidaridad de los ciegos españoles hacia otros colectivos de personas con discapacidad para la mejora de sus condiciones de vida.

Su objetivo principal es la realización de programas de integración laboral, formación y empleo para personas discapacitadas y accesibilidad global, promoviendo la creación de entornos, productos y servicios globalmente accesibles. Estas actuaciones se instrumentan mediante acuerdos y convenios de colaboración con la Administración General del Estado y otras instituciones públicas y privadas.

El Grupo Fundosa es la división empresarial creada por la Fundación ONCE en 1989 con el objetivo de generar empleo estable para personas con discapacidad. Dentro de este grupo de empresas se encuentra Desarrollos Vía Libre S.L. (Fundosa Accesibilidad S.A. tras la absorción, en el año 2002, de aquella por ésta) cuyo principal objetivo es el estudio de soluciones para los problemas de accesibilidad mediante el asesoramiento y gestión de toda clase de asuntos referentes a la construcción y, en especial, la elaboración de estudios, proyectos e informes de eliminación de barreras arquitectónicas en obras tanto públicas como privadas.

2. Los programas de accesibilidad engloban un amplio abanico de actuaciones dirigidas a evitar la aparición de barreras físicas (tanto arquitectónicas y urbanísticas, como del transporte y la comunicación), así como a la supresión progresiva de las existentes, promocionando una serie de medidas de mejora del entorno y su adaptación a las necesidades de las personas con limitaciones o movilidad reducida.

Desde el año 1993 el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través del IMSERSO, desarrolla actuaciones dirigidas a la promoción de la accesibilidad arquitectónica y urbanística a través de programas de colaboración con la Fundación ONCE y con distintas instituciones públicas (fundamentalmente Corporaciones Locales), que se articulan dentro de los Convenios Marco de Colaboración.

Las actuaciones en materia de accesibilidad urbanística y arquitectónica, dentro de los Convenios Marco, conllevan la financiación de dos tipos de proyectos: la redacción de estudios previos y de proyectos de ejecución para la mejora de la accesibilidad, denominados “Planes Especiales de Accesibilidad”, por un lado, y la ejecución de obras de accesibilidad, por otro. La denuncia se centra en la contratación de los primeros.

La financiación de los Planes Especiales de Accesibilidad procede de fondos públicos (del IMSERSO, financiación complementaria de FEDER gestionada a través del IMSERSO y de las entidades locales participantes) y privados, de la Fundación ONCE.

El procedimiento para la determinación de la distribución de los fondos es, en esencia, el siguiente:

1. Las Corporaciones Locales o entidades interesadas en la realización de actuaciones de mejora de la accesibilidad presentan sus solicitudes.

El Convenio Marco 2001-2003 preveía que estas solicitudes pudieran ser presentadas tanto ante el IMSERSO como ante la Fundación ONCE, mientras que los Convenios siguientes sólo permiten su presentación ante el IMSERSO.

2. Las solicitudes son valoradas por el Comité Técnico, que elabora un Informe de Evaluación Inicial.

Durante el período 2001-2003 el Comité Técnico era responsabilidad exclusiva de la Fundación ONCE y empresas de su división empresarial se encargaban de la elaboración de los Informes de Evaluación Inicial.

En 2004-2006 el Comité Técnico pasó a estar formado por representantes tanto del IMSERSO como de la Fundación ONCE. Además, se creó dentro de él el Grupo de Evaluación, encargado de elaborar el informe de evaluación previa así como de la evaluación continua y la calidad de los proyectos y formado por el Grupo Fundosa de la Fundación ONCE y el Centro de Autonomía Personal (en adelante CEAPAT), dependiente del IMSERSO.

A partir de 2007 deja de existir el Comité Técnico, quedando la gestión del Convenio en manos del IMSERSO y la evaluación (inicial y de calidad, tras la realización del proyecto) en manos de la Fundación ONCE.

De acuerdo con la Fundación ONCE, en los años 2003 y 2004 los informes de evaluación eran más detallados, incluyendo una definición del concepto de Plan de Accesibilidad y recogiendo los contenidos que

debían tenerse en cuenta al elaborar los mismos las entidades solicitantes, así como el presupuesto asignado y el plazo de entrega.

A partir del 2005, considerando que ya existe una “cultura de la accesibilidad al medio físico en España y ha dejado de ser una novedad”, los informes son menos precisos y pasan a constituir una mera verificación documental de la información remitida por las entidades solicitantes y evaluación de su conformidad con lo requerido en el Manual de Procedimiento del Propio Convenio Marco (folios 477 a 479).

3. El Comité Técnico remitía su propuesta a la Comisión de Seguimiento, que era la encargada de evaluar las solicitudes presentadas y decidir sobre su aceptación o denegación.

La Comisión de Seguimiento estaba compuesta por representantes del IMSERSO y de la Fundación ONCE.

4. Si el proyecto era aprobado se formalizaba un **Convenio de Colaboración Singular** entre IMSERSO, Fundación ONCE y la entidad destinataria.

Los Convenios Singulares de adhesión al Convenio Marco determinan los aspectos particulares de la relación entre las instituciones participantes operando, a todos los efectos, como documento regulador de la gestión de las ayudas otorgadas.

Los Convenios Singulares del período 2001-2003 preveían que la redacción de los (planes de accesibilidad “se realizará por las firmas profesionales o equipos de profesionales que a juicio de la Comisión de Seguimiento de este Convenio, resulte aconsejable por su experiencia y conocimientos en materia de arquitectura accesible” y que “la contratación podrá realizarla de común acuerdo con el resto de las partes, cualquier entidad de las que firman el Convenio”.

Posteriormente, en todos los convenios singulares suscritos entre 2004 y 2007 se introduce una cláusula por la cual la entidad adjudicataria de la subvención debe ser la que contrate a la empresa que realizará la redacción del plan de accesibilidad, con el fin de asegurar que el Convenio se ajusta a los principios de la contratación pública recogidos en el Texto Refundido de la Ley de la Contratación Pública.

5. La aplicación de los fondos percibidos se materializa mediante la contratación de una empresa especializada en estos trabajos.

Durante los ejercicios 2001 y 2002, la Fundación ONCE remitió a las entidades locales solicitantes escritos informándoles de que el procedimiento más rápido de contratación era la delegación a su favor. Y así lo hicieron, enviando las correspondientes cartas de delegación en la Fundación ONCE.

Por tanto, fue la Fundación ONCE la que realizó la selección del contratista, formalizando sistemáticamente los contratos con la empresa de su propiedad Desarrollos Vía Libre S.L., pionera en aquél momento, según la información facilitada por la fundación ONCE y el IMSERSO, en el ámbito de la accesibilidad y con experiencia en arquitectura accesible.

Durante 2003 y 2004 la contratación la realizaron directamente las entidades locales titulares de los proyectos por concurso.

De acuerdo con la Fundación ONCE, a partir de 2005 las empresas que se presentaban a los concursos contaban con la información que las entidades locales adjudicatarias de las subvenciones aportaban al expediente administrativo de contratación de la empresa encargada de la redacción de los planes de accesibilidad.

6. La sociedad instrumental de la Fundación ONCE, Fundosa Accesibilidad S.A., resultó adjudicataria de:

- en 2003, 11 de los 25 Convenios Singulares formalizados,
- en 2004, 21 de los 44 Convenios Singulares formalizados más otro adjudicado parcialmente a Fundosa Accesibilidad S.A. junto con otra empresa ajena al Grupo ONCE,
- en 2005, 17 de los 36 Convenios Singulares formalizados más otro adjudicado parcialmente a Fundosa Accesibilidad S.A. junto con otra empresa ajena al Grupo ONCE,
- en 2006, 13 de los 27 Convenios Singulares formalizados más otro adjudicado parcialmente a Fundosa Accesibilidad S.A. junto con otra empresa ajena al Grupo ONCE y
- en 2007 se convocaron 20 Convenios Singulares, que están pendientes de adjudicación.

Esto es, el porcentaje de concursos adjudicados a la Fundación ONCE en el período 2003-2006 osciló entre 44 y 54%.

4. El Consejo deliberó y falló sobre el asunto en su reunión de 30 de julio de 2008.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** El número 3 del artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas por la Dirección de Investigación cuando considere que no hay indicios de infracción de la LDC.

**Segundo.-** En su Propuesta de Archivo la Dirección de Investigación de la CNC distingue dos periodos en las actuaciones del grupo Fundación ONCE de cara a su evaluación como presuntas infracciones de la prohibición de abuso de posición dominante del art. 2 LDC.

En el periodo 2001-2002, la conducta analiza por la DI fue la realización por la Fundación ONCE de la selección de la empresa encargada de la redacción del plan de accesibilidad y la formalización de esos contratos sistemáticamente con la empresa de su propiedad “Desarrollos Vía Libre S.L.”, en 66 de los 91 planes ejecutados en el conjunto de estos dos ejercicios, y ello en virtud de la delegación efectuada a su favor por la entidad local beneficiaria de los fondos, previamente solicitada y sugerida por la propia Fundación ONCE como el procedimiento más rápido de contratación. La DI considera que esta actuación de la Fundación ONCE, al haber tenido lugar hace más de cuatro años, habría prescrito en virtud de lo dispuesto por el art. 68 LDC, pero incluso en el caso de que no estuviese prescrita para determinar si constituyó una infracción de la LDC hubiera sido necesario definir el mercado relevante que, probablemente, no sería tan estrecho como la redacción de proyectos de accesibilidad, sino que la sustituibilidad por el lado de la oferta llevaría a incluir un conjunto más amplio incluyendo la redacción de proyectos arquitectónicos.

En el periodo 2003-2004, la Fundación ONCE siguió participando en la evaluación inicial de los proyectos de accesibilidad, pero la contratación de las empresas encargadas de la redacción de los proyectos de accesibilidad la realizan directamente las entidades locales titulares de los proyectos de acuerdo con la normativa de contratación pública. La conducta analizada en este periodo desde la óptica de la LDC fue la participación, desde una posición privilegiada, de la sociedad instrumental de la Fundación ONCE en los procedimientos de selección de la empresa contratista convocados por las entidades locales, en tanto en cuanto Desarrollos Vía Libre realizaba los informes de evaluación inicial sobre las solicitudes de planes presentadas por las entidades locales (en los que se cuantificaba el presupuesto de elaboración del plan de accesibilidad), y con posterioridad Fundosa Accesibilidad (sucesora de Desarrollos Vía Libre) participaba en los concursos de selección de la empresa contratista con bajas en sus ofertas de hasta el 20% sobre el presupuesto que ella misma había elaborado. La DI considera que este privilegio se limitó a los años 2003 a 2004, ya que a partir de 2005 estos informes eran posteriormente utilizados como base de los concursos y se incluían dentro del expediente administrativo de contratación, por lo que todas las empresas participantes tenían acceso a ellos para la elaboración de sus respectivas propuestas. Asimismo, considera que de esa posible posición privilegiada no se habrían derivado efectos abusivos, puesto que numerosas empresas han resultado adjudicatarias de los planes de accesibilidad, oscilando el porcentaje de adjudicaciones a favor del grupo



Fundación ONCE entre el 44 y 54%. Por tanto, concluye la DI, aún en el caso de que la empresa del Grupo Fundación ONCE Fundosa Accesibilidad tuviera posición de dominio en la elaboración de los planes de accesibilidad no existen indicios de que abusara de ella ni, por tanto, de infracción del art. 2 LDC.

**Tercero.-** El análisis de la posible prescripción de las conductas analizadas por la DI depende de su calificación jurídica conforme a la Ley de Defensa de la Competencia.

En relación con la conducta desarrollada por la Fundación ONCE en los ejercicios 2001-2002, cualquiera que fuese la calificación jurídica que pudiese merecer esa conducta para el Derecho de defensa de la competencia, se habría producido su prescripción de acuerdo con el art. 68 LDC, pues incluso de considerarse infracción muy grave el plazo legal de prescripción de cuatro años habría finalizado el 31 de diciembre de 2006.

Pero la prescripción de la posible infracción derivada de las actuaciones de la Fundación ONCE durante los ejercicios 2003-2004 sí dependería de la calificación jurídica de las mismas. Considerando que a partir de 2005 los informes de evaluación inicial eran utilizados por las entidades locales adjudicatarias de las subvenciones como base de los concursos y se incluían dentro del expediente administrativo de contratación, la posición de especial privilegio de las empresas de la división empresarial de la Fundación ONCE respecto de las demás empresas participantes en el concurso habría cesado el 31 de diciembre de 2004, por lo que se podrían dar dos escenarios distintos:

- Si la conducta es calificada como infracción grave (abuso de posición de dominio que no tenga la consideración de muy grave o falseamiento de la libre competencia por actos desleales), la infracción habría prescrito de acuerdo con lo dispuesto por el art. 68 LDC en diciembre de 2006, datando las primeras actuaciones de la DI tendentes al cumplimiento de la LDC con conocimiento formal del interesado de 14 de diciembre de 2007.
- Si la conducta es calificada como infracción muy grave (abuso de posición de dominio cometido por una empresa que tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos), y de

acuerdo con lo que establece al respecto el art. 68 LDC, la infracción prescribiría en diciembre de 2008.

Por lo tanto, únicamente si se califica la actuación de la Fundación ONCE como infracción muy grave podría considerarse que la misma no ha prescrito.

La DI analizó esta conducta desde la perspectiva del abuso de posición dominante, y aun sin afirmar que el grupo Fundosa esté en posición dominante en un eventual mercado de la elaboración de los planes de accesibilidad (que no es objeto de análisis), descarta que haya habido abuso de la misma por cuanto numerosas empresas han resultado adjudicatarias de los planes de accesibilidad además de su participada: en 2003, 14 de 25 convenios fueron formalizados con empresas no vinculadas con la Fundación ONCE; en 2004, 23 de los 44 convenios formalizados; en 2005, 19 de los 36 convenios formalizados; y en 2006, 14 de los 27 convenios formalizados.

A la luz de la información que consta en el expediente, el Consejo aprecia *prima facie* que la conducta del grupo Fundación ONCE se podría reputar más bien como un acto de competencia desleal susceptible de infringir la prohibición del art. 3 LDC.

Recuérdese que durante el período 2001-2003 el Comité Técnico encargado de elaborar el Informe de Evaluación Inicial de las solicitudes presentadas por las entidades locales era responsabilidad exclusiva de la Fundación ONCE (que encargaba su elaboración a empresas de su división empresarial), y a partir de 2004 (y hasta su desaparición en diciembre de 2006) formaba parte del mismo junto con el IMSERSO. Que la propuesta del Comité Técnico se remitía a la Comisión de Seguimiento, encargada de evaluar las solicitudes presentadas por las corporaciones locales y decidir sobre su aceptación o denegación, y compuesta por representantes del IMSERSO y de la Fundación ONCE. Los proyectos aprobados se formalizaban en un Convenio de Colaboración Singular firmados a tres bandas por IMSERSO, entidad destinataria y Fundación ONCE.

La Fundación ONCE se ha valido de su privilegiada participación (y de las empresas de la división empresarial del Grupo) en esta fase del procedimiento, previa a la contratación (primero, en los ejercicios 2001 y 2002

directamente por la Fundación ONCE, y más tarde por la entidad local adjudicataria de la subvención mediante concurso público) de la empresa encargada de la redacción del plan de accesibilidad, para favorecer a las empresas de su división empresarial (Desarrollos Vía Libre y luego Fundosa Accesibilidad).

En el período 2001-2002 abusó de esa participación privilegiada y relevante, mediante la solicitud y obtención de las corporaciones locales adjudicatarias de la subvención de la delegación a su favor de la selección y contratación de la empresa encargada de redactar el plan de accesibilidad, teniendo esta conducta como efecto la eliminación de la competencia, pues la Fundación ONCE formalizó sistemáticamente esos contratos con empresas pertenecientes a su grupo empresarial. En definitiva, el grupo Fundación ONCE desplegó en estos años un comportamiento que se puede calificar como un acto de competencia desleal conforme a la Ley de Competencia Desleal (LCD), tanto porque es objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (art. 5 LCD) como por constituir una conducta contraria a la normativa de contratos de las administraciones públicas (art. 15 LCD; véase en este sentido el expediente del TDC 535/02 Eléctrica Eriste, FD 4 a 6) como ha puesto de relieve el Tribunal de Cuentas (folio 3 del expediente).

Esta modalidad de conducta de competencia desleal que podría haber constituido un ilícito del art. 3 LDC cesó en 2002, pues a partir de 2003 la contratación de la empresa encargada de la redacción del plan de accesibilidad la realizaba la entidad adjudicataria de la subvención mediante concurso público. Pero la Fundación ONCE (en 2003, todavía como responsable en exclusiva del Comité Técnico, y en 2004 como miembro del mismo junto con el IMSERSO, y en ambos ejercicios como miembro de la Comisión de Seguimiento) siguió compitiendo a través de las empresas de su división empresarial de forma desleal. En efecto, el Tribunal de Cuentas en la Conclusión 14 del “Informe de Fiscalización de los fondos públicos destinados por el IMSERSO a la financiación de los programas de accesibilidad durante el periodo 2001-2003” destaca que durante el ejercicio 2003 Desarrollos Vía Libre realizaba los informes de evaluación inicial sobre las solicitudes de planes presentadas, que no sólo determinaban la viabilidad técnica del proyecto, sino que además cuantificaban el presupuesto de elaboración del Plan de accesibilidad, y posteriormente Fundosa Accesibilidad participaba en los concursos públicos convocados por la entidad adjudicataria para la redacción del plan de accesibilidad con bajas en sus ofertas de hasta un 20%

sobre el presupuesto que ella misma había elaborado para la Comisión de Seguimiento del Convenio (recuérdese, integrada por el IMSERSO y la Fundación ONCE), y que nunca se habían producido en el caso de las delegaciones realizadas en los ejercicios 2001-2002 (folio 4 del expediente). Esta forma de proceder constituye, al entendimiento de este Consejo, un manifiesto acto de competencia desleal con entidad, en principio, suficiente para afectar al interés público en el sentido del art. 3 LDC. Como gráficamente señala el Tribunal de Cuentas en la cita antes referenciada, es como “si se permitiese participar en un concurso a una empresa que hubiese elaborado el pliego de prescripciones técnicas, y que además lo hubiese hecho a su acomodo”, lo que sin duda infringe el art. 5 LCD que reputa como acto de competencia desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe.

En consecuencia, el Consejo considera que las conductas arriba descritas presentan indicios suficientes de infracción del art. 3 LDC, pero puesto que ha transcurrido con creces el plazo que dispone la autoridad de competencia para instruir un expediente sancionador por virtud de este tipo infractor conforme a lo dispuesto en el art. 68 LDC, procede por este motivo confirmar la Propuesta de archivo formulada por la Dirección de Investigación.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

## **RESUEVE**

ÚNICO.- No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia como consecuencia del escrito procedente del Tribunal de Cuentas, por considerar que las conductas de competencia desleal desarrolladas por el grupo Fundación ONCE en los ejercicios 2001 a 2004 y que podrían constituir prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia han prescrito.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y al Tribunal de Cuentas, y notifíquese a la Fundación ONCE y al IMSERSO, haciéndoles

saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.