

(El presente documento constituye la versión traducida al castellano de la Resolución del expediente n.º 36/2011, aprobada por el Pleno del TCDC el 28 de julio de 2014.)

RESOLUCIÓN del expediente 36/2011 - SERVICIO DE COMEDORES ESCOLARES

Presidente

Arseni GIBERT BOSCH

Vocales

Josep Oriol LLEBOT MAJÓ

Anna MATAS PRAT

Secretario

Francesc BERNAL DEALBERT

Barcelona, 28 de julio de 2014

El Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia (en adelante, el TCDC de la ACCO), con la composición expresada al margen y con la vocal Sra. Anna Matas Prat como ponente, ha adoptado esta resolución en el expediente 36/2011, Servicio de Comedores Escolares, cuyo origen se encuentra en la denuncia presentada por el Sr. Marc Perea Gallegos, en nombre y representación de SERVESCOL, SA, y LLEURE PROGRAMAT, SL, contra diversas empresas por la realización de conductas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 15 de abril de 2011, el Sr. Marc Perea Gallegos (administrador único de SERVESCOL, SA, y LLEURE PROGRAMAT, SL) presentó en la ACCO un escrito de denuncia, registrado de entrada con n.º 0256E/140/2011, contra ASSOCIACIÓ SERVEIS EDUCATIUS, RECURSOS DE L'ESPLAI (en adelante, SERVEIS D'ESPLAI), 7 I TRIA, SA (en adelante, 7 I TRIA), EDUCAPOLI, SLU (EIX DE SERVEIS) (en adelante, EDUCAPOLI), TENO, SL (ACTIVITATS LUDICOEDUCATIVES) (en adelante, TENO), y MÉS QUE LLEURE, SL (en adelante, MÉS QUE LLEURE), por presuntas conductas contrarias a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Las prácticas supuestamente infractoras de la normativa de defensa de la competencia consistirían, según consta en el escrito de denuncia, en no aplicar de manera total o parcial el Impuesto sobre el Valor Añadido en el ámbito de los servicios de comedor escolar, tanto de alimentación como de asistencia de monitores durante las horas no lectivas del mediodía. En particular, la denuncia hace referencia a los servicios de comedor en las escuelas públicas dependientes de la Generalidad de Cataluña.

Asimismo, el denunciante pone de manifiesto que las cuatro empresas denunciadas están adheridas a la entidad ASSOCIACIÓ CATALANA D'EMPRESSES DEL LLEURE I CULTURA (en adelante, ACELLEC) y que, a menudo, utilizan este hecho en su publicidad para presentar sus ofertas de servicios sin aplicar el IVA, dado que se trata de una asociación sin ánimo de lucro.

En palabras del denunciante, las cuatro empresas citadas utilizarían varias "argucias" para aprovecharse de alguna de las exenciones del IVA previstas en el artículo 20 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, LIVA). En concreto, algunas de las empresas denunciadas, con el fin de quedar exentas del IVA, argumentan que los servicios de comedor escolar deben ser considerados como servicios asistenciales, mientras que otras se posicionan como centros escolares, aunque sólo ofrecen servicios de monitor y comedor. En definitiva, según el denunciante, las entidades denunciadas estarían incumpliendo la LIVA al intentar aprovecharse de manera ilegal de las exenciones previstas en la citada ley y, de esta manera, conseguir una importante ventaja competitiva respecto de las empresas que sí aplican correctamente este impuesto.

2. El día 30 de enero de 2012 el director general de la ACCO (en adelante, DG) acordó el inicio de un período de información reservada, con el fin de determinar la existencia de indicios de infracción de la LDC. En el marco de este período y en la misma fecha se remitieron sendos requerimientos de información reservada a las cinco entidades denunciadas y a ACELLEC. La comunicación correspondiente a TENO fue registrada de salida el día 1 de febrero de 2012 (n.º 0256S/43/2012) y fue efectivamente notificada el 3 de febrero de 2012. A la empresa EDUCAPOLI se le mandaron dos comunicaciones, con fechas de salida y números de registro de 1 de febrero de 2012, n.º 0256S/44/2012, y 7 de febrero de 2012, n.º 0256S/76/2012. En ninguna de las dos ocasiones fue posible efectuar la entrega dado que, según la tarjeta de correos, en el primer intento el destinatario se encontraba "ausente" y en el segundo era "desconocido/a". Con carácter previo a la incoación del expediente se obtuvieron diversas informaciones de que EDUCAPOLI había dejado de operar. La comunicación a ACELLEC fue registrada de salida el día 1 de febrero de 2012 (n.º 0256S/45/2012) y fue efectivamente notificada el 3 de febrero de 2012. En el resto de casos, las comunicaciones correspondientes fueron registradas de salida el día 1 de febrero de 2012 y efectivamente notificadas el día 6 de febrero de 2012, los números de registro de salida fueron: MÉS QUE LLEURE, n.º 0256S/46/2012; 7 I TRIA, n.º 0256S/47/2012, y SERVEIS D'ESPLAI, n.º 0256S/48/2012.

3. SERVEIS D'ESPLAI y 7 I TRIA solicitaron una ampliación de plazo para responder al requerimiento de información que les fue concedida, respectivamente, mediante providencia de 16 de febrero de 2012, comunicada mediante oficio registrado el mismo día con número 0256S/84/2012, y providencia de 20 de febrero de 2012, comunicada mediante oficio registrado el mismo día con número 0256S/86/2012. Las respuestas a los requerimientos de información tuvieron lugar en las siguientes fechas: ACELLEC, mediante escrito de 15 de febrero de 2012, registrado de entrada el mismo día con número 0256E/67/2012; TENO, mediante escrito de 15 de febrero de 2012, registrado de entrada el 17 de febrero de 2012 con número 0256E/70/2012; TENO, mediante escrito que fue registrado de entrada el 23 de febrero de 2012, con número 0256E/82/2012, para completar la respuesta al requerimiento que se le había formulado; MÉS QUE LLEURE, mediante escrito que fue registrado de entrada el 24 de febrero de 2012, con número 0256E/83/2012; SERVEIS DE LLEURE, mediante escrito que fue registrado de entrada el 28 de febrero de 2012, con número 0256E/92/2012, y 7 I TRIA, mediante escrito que fue registrado de entrada el 28 de febrero de 2012, con número 0256E/93/2012. Como complemento al primer escrito de respuesta, 7 I TRIA presentó un escrito registrado de entrada el 22 de marzo de 2012, con número 0256E/132/2012. Finalmente, 7 I TRIA aportó información diversa mediante escritos registrados de entrada el 29 de mayo, con el número 0256E/238/2012; el 22 de junio, con el número

0256E/288/2012; el 28 de agosto, con los números 0256E/433/2012 y 0256E/434/2012, y el 5 de septiembre, con el número 0256E/442/2012.

4. El día 14 de diciembre de 2012, se registró de entrada (n.º 0256E/593/2012) un escrito presentado por el denunciante mediante el cual procedía a complementar la información aportada en la denuncia. Entre otros documentos, se aportó copia de la respuesta a una consulta vinculante con referencia AF0231-10 de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda, de 21 de noviembre de 2012, y copia del informe de la Dirección de Análisis de la Oficina Antifraude de Cataluña, de 3 de diciembre de 2010, que también se pronuncia sobre una posible repercusión inadecuada del IVA por parte de diferentes entidades en el ámbito de los comedores escolares. El día 16 de enero de 2013, se registró de entrada (n.º 0256E/20/2013) un segundo escrito complementario a la denuncia mediante el cual se aportaban informaciones diversas en relación con el objeto de la denuncia. También entre estos documentos se puede encontrar la respuesta a una consulta vinculante, en este caso con referencia AF0794-12, de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda, de 13 de diciembre de 2012.

5. En cumplimiento 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 (en adelante, Ley 1/2002), la ACCO inició el procedimiento de determinación del órgano competente para conocer del asunto de referencia. Después de examinar los hechos, la ACCO consideró que no se apreciaba una afectación territorial superior al ámbito autonómico catalán y así lo comunicó a la entonces Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) mediante oficio de 26 de mayo de 2011, registrado de salida con número 0259S/197/2011. Mediante oficio de asignación de 3 de junio de 2011, la CNC puso de manifiesto que coincidía con la determinación del órgano competente formulada por la ACCO y que consideraba que éste era el organismo al cual correspondía conocer de las presuntas infracciones de la LDC en el asunto de referencia. Este oficio fue cargado en la aplicación CIRCABAC el 6 de junio de 2011.

6. A raíz de la documentación obtenida en el período de información reservada, el día 22 de marzo de 2013, el director general de la ACCO dictó providencia por la cual se acordaba la incoación del expediente sancionador número 36/2011, SERVICIO DE COMEDORES ESCOLARES, contra TENO, SL; MÉS QUE LLEURE, SL; 7 I TRIA, SA, y ASSOCIACIÓ SERVEIS EDUCATIUS, RECURSOS DE L'ESPLAI (SERVEIS D'ESPLAI). La providencia de incoación se informó a las partes interesadas mediante comunicaciones de fecha 27 de marzo de 2013, notificadas efectivamente al Sr. Perea, 7 I TRIA, MÉS QUE LLEURE y SERVEIS D'ESPLAI el día 9 de abril de 2013, y a TENO el día 8 de abril de 2013. En cumplimiento del artículo 5 de la Ley 1/2002, la incoación del expediente se comunicó

mediante la aplicación CIRCABAC el día 10 de abril a la CNC, mediante oficio de fecha 2 de abril de 2013, que fue registrado de salida con n.º 0256S/237/2013.

7. En el mismo envío en que se comunicó la incoación del expediente de referencia, con las fechas de recepción antes especificadas, se dirigieron sendos requerimientos de información, con el fin de ampliar la información obtenida, al Sr. Perea, 7 I TRIA, TENO, MÉS QUE LLEURE y SERVEIS D'ESPLAI. El 17 de abril de 2013 se registró de entrada, con el número 0256E/164/2013, un escrito de TENO en que solicitaba una ampliación de plazo para contestar el requerimiento de información, solicitud que fue admitida en virtud de la providencia de 19 de abril de 2013 y notificada a TENO en fecha 23 de abril de 2013, mediante oficio con número de registro 0256S/263/2013. Las respuestas a los requerimientos de información de 27 de marzo de 2013 se registraron de entrada en las fechas que se indican a continuación: TENO, 29 de abril de 2013, con el número 0256E/183/2013; SERVEIS D'ESPLAI, 3 de mayo de 2013, con el número 0256E/188/2013, y 7 I TRIA, 3 de mayo de 2013, con el número 0256E/189/2013. El día 13 de mayo de 2013 fue registrada de salida (n.º 0256S/307/2013) una notificación de providencia de reiteración de requerimiento de información a MÉS QUE LLEURE, la cual fue efectivamente notificada el 15 de mayo de 2013. El escrito de respuesta a este requerimiento fue registrado de entrada el día 22 de mayo de 2013 con el número 0256E/224/2013.

8. El día 2 de abril de 2013 se remitieron tres requerimientos de información a partes no interesadas en el expediente de referencia, con el fin de conocer la valoración de los hechos denunciados que hacían determinados especialistas en la materia. En primer lugar, al Sr. Agustín Gil Jurado (inspector de Hacienda de la Agencia Tributaria, Delegación Especial de Cataluña, que estaría tramitando regularizaciones a algunas de las entidades denunciadas), que fue remitido mediante comunicación registrada de salida el día 3 de abril (n.º 0256S/234/2013) y que consta como efectivamente notificado el día 11 de abril de 2013. En segundo lugar, al Juzgado de Instrucción número 1 de El Prat de Llobregat (ante el cual se seguía un procedimiento contra una de las entidades denunciadas), que fue remitido mediante comunicación registrada de salida el día 3 de abril (n.º 0256S/235/2013) y que consta como efectivamente notificado el día 9 de abril de 2013. Por último, a la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que fue remitido mediante comunicación registrada de salida el día 3 de abril (n.º 0256S/236/2013) y que consta como efectivamente notificado el día 9 de abril de 2013.

La Dirección General de Tributos dio respuesta al requerimiento de información mediante escrito registrado de entrada el día 25 de abril de 2013, con el número 0256E/172/2013. El Sr. Agustín Gil Jurado respondió al requerimiento de información mediante escrito registrado de entrada también el día 25 de abril, con el número 0256E/174/2013, donde pone de manifiesto que no se puede atender el requerimiento de información, dado que haría falta autorización por parte de los obligados tributarios para suministrar a la ACCO la información solicitada. El Juzgado de Instrucción número 1 de El Prat de Llobregat respondió al requerimiento de información mediante escrito registrado de entrada el día 30 de abril de 2013, con el número 0256E/186/2013, en el cual manifiesta que "No ha lugar a proporcionar la información solicitada y ello en base a los siguientes fundamentos jurídicos (...)".

9. El día 2 de julio de 2013, los instructores del expediente remitieron nuevamente requerimientos de información al Juzgado de Instrucción n.º 1 de El Prat de Llobregat, mediante escrito registrado de salida el día 2 de julio de 2013 (n.º 0256S/400/2013) y notificado el día 5 de julio de 2013; a la Dirección General de Tributos, mediante comunicación de 2 de julio (registro n.º 0256S/401/2013), notificada efectivamente el día 10 de julio de 2013, y al Sr. Agustín Gil Jurado, mediante comunicación registrada de salida el día 2 de julio (registro n.º 0256S/402/2013) y notificada el día 4 de julio de 2013. Las respuestas a los tres requerimientos de información se produjeron en las siguientes fechas: el Juzgado de Instrucción n.º 1 de El Prat de Llobregat, mediante escrito de 31 de julio de 2013, que fue registrado de entrada con el número 0256E/359/2013 el día 6 de agosto de 2013, donde se comunica el acuerdo adoptado que disponía que "No ha lugar a la petición de información solicitada, ratificándome en el contenido del acuerdo de fecha 22 de abril de 2013, (...)"; la Dirección General de Tributos, mediante escrito de 26 de julio de 2013 que fue registrado de entrada el día 9 de agosto, con el número 0256E/362/2013, y el Sr. Agustín Gil Jurado, mediante escrito de 27 de septiembre, registrado de entrada el 30 de septiembre de 2013, con el número 0256E/385/2013.

10. En fecha 3 de julio de 2013 se remitió un requerimiento de información a la Dirección General de Atención a la Familia y Comunidad Educativa del Departamento de Educación, con el objetivo de obtener información cuantitativa sobre el mercado afectado de forma presunta por las conductas denunciadas. El escrito de comunicación fue registrado de salida el día 3 de julio de 2013 (n.º 0256S/403/2013) y efectivamente notificado el día 5 de julio de 2013. La respuesta a este requerimiento fue finalmente remitida por la referida Dirección General en fecha 10 de septiembre y registrada de entrada el 16 de septiembre de 2013, con el número 0256E/376/2013.

El día 11 de julio de 2013 se remitió un requerimiento de información al Sr. Miguel Ángel Baños (jefe de la Dependencia Regional de Gestión Tributaria), con el fin de obtener información relativa al reconocimiento de entidad de índole social y los efectos tributarios que implica tal reconocimiento. Dicho requerimiento de información fue remitido mediante comunicación registrada de salida el día 11 de julio de 2013 (n.º 0256S/413/2013) y efectivamente notificado el día 17 de julio de 2013. En fecha 22 de julio de 2013 se registró de entrada, con el número 0256E/343/2013, la correspondiente respuesta por parte del delegado especial de la AEAT en Cataluña, el Sr. Gonzalo García de Castro. En este escrito se denegó la respuesta a las preguntas formuladas en el requerimiento de información.

11. En el marco de la instrucción del expediente de referencia se presentaron una serie de escritos que se relacionan a continuación. Con fecha 26 de abril de 2013 fue registrado de entrada, con n.º 0256E/175/2013, el escrito de personación de los representantes legales de TENO. Asimismo, acompañaba este escrito una copia del apoderamiento. En fecha 7 de mayo de 2013 fue registrado de entrada, con n.º 0256E/193/2013, el escrito del denunciante Sr. Perea, adjunto a otro en el que aporta información diversa. 7 I TRIA aportó información en tres escritos diferentes registrados de entrada los días 22 de mayo de 2013 (n.º 0256E/221/2013), 19 de junio de 2013 (n.º 0256E/271/2013) y 28 de junio de 2013 (n.º 0256E/284/2013). MES QUE LLEURE aportó información en el escrito registrado de entrada el día 2 de julio de 2013 (n.º 0256E/291/2013). TENO aportó información en dos escritos registrados de entrada, respectivamente, los días 12 de julio de 2013 (n.º 0256E/320/2013) y 29 de julio de 2013 (n.º 0256E/347/2013). El denunciante aportó nuevamente información en los escritos registrados los días 26 de julio de 2013 (n.º 0256E/345/2013) y 18 de noviembre de 2013 (n.º 0256E/467/2013).

12. En fecha 9 de agosto de 2013, los instructores del expediente presentaron una petición de revisión del acuerdo de la Secretaria Judicial del Juzgado de Instrucción n.º 1 de El Prat de Llobregat, de 31 de julio de 2013, por el cual consideraba que no procedía contestar al requerimiento de 2 de abril de 2013. La petición se registró de salida con número 0256S/440/2013. Asimismo, esta petición de revisión fue presentada el mismo día 9 de agosto de 2013 a dicho juzgado. En fecha 26 de septiembre de 2013 se registró de entrada, con número 0256E/383/2013, testimonio de la providencia del Juzgado de Instrucción n.º 1 de El Prat de Llobregat, de 18 de septiembre de 2013, por el cual consideraba que "No ha lugar a la revisión solicitada, toda vez que no se presenta en forma, careciendo de los defectos de postulación".

13. El día 4 de septiembre de 2013 el instructor incorporó al expediente de referencia, mediante diligencia de incorporación de documentación, una copia de varias respuestas a consultas formuladas a la Dirección General de Tributos en relación con el objeto del expediente de referencia. De la misma manera, el día 21 de noviembre de 2013, se incorporó al expediente de referencia una copia de diferentes correos intercambiados entre el Sr. Isidoro García Milán (delegado ejecutivo de Cataluña) y el instructor del expediente de referencia. Este intercambio de correos electrónicos hace referencia al requerimiento de información dirigido al Sr. a Agustín Gil Jurado (inspector de Hacienda), de fecha de 2 de julio y mencionado anteriormente. En el último de estos correos se identificó con precisión la información que se esperaba obtener a partir del requerimiento y que todavía no había sido facilitada. Finalmente, se consigue la correspondiente respuesta, que se registró de entrada el 30 de septiembre de 2013 con n.º 0256E/385/2013.

14. En el marco de instrucción del expediente de referencia las partes interesadas formularon varias solicitudes de declaración de confidencialidad que a continuación se relacionan.

En fecha 22 de agosto de 2013 el instructor del expediente dictó providencia en virtud de la cual se denegaba la solicitud de confidencialidad formulada por ACELLEC. En fecha 23 de agosto de 2013, en relación con la petición formulada por TENO, el instructor del expediente, mediante providencia, concedió la confidencialidad a parte de la información respecto de la cual se había solicitado y la denegó en relación con el resto. En fecha 26 de agosto de 2013 el instructor dictó providencia de confidencialidad en la cual concedía parcialmente la confidencialidad de la documentación que había solicitado MÉS QUE LLEURE. En fecha 27 de agosto de 2013 el instructor del expediente dictó providencia de confidencialidad en relación con la petición formulada por SERVEIS D'ESPLAI. En esta providencia se concedió la confidencialidad de parte de la información respecto de la cual se había solicitado. En fecha 29 de agosto de 2013 el instructor del expediente dictó providencia de confidencialidad en relación con la petición formulada por 7 I TRIA. En esta providencia se concedió la confidencialidad a la información respecto la cual se había solicitado. Las provisiones relativas a las solicitudes de confidencialidad fueron efectivamente comunicadas a las partes interesadas los días 27 de agosto y 2, 5 y 6 de septiembre de 2013. De conformidad con cada una de las cuatro provisiones de confidencialidad anteriores, se procedió a incorporar la documentación declarada confidencial a pieza separada de confidencialidad, a lo largo de los días 23, 27, 28 y 29 de agosto de 2013.

Adicionalmente, el día 30 de agosto el instructor del expediente dictó de oficio tres provisiones de confidencialidad en relación con información aportada por el denunciante, por TENO y por MÉS QUE LLEURE. Cada una de estas provisiones fue comunicada y efectivamente notificada a las respectivas partes interesadas los días 4, 5 y 6 de septiembre de 2013. Los días 2 de septiembre y 7 de noviembre de 2013 el instructor del expediente dictó de oficio dos provisiones de confidencialidad en relación con cierta información aportada por 7 I TRIA y por MÉS QUE LLEURE. Las dos provisiones fueron comunicadas y efectivamente notificadas a las partes interesadas los días 9 de septiembre y 11 de noviembre, respectivamente. Asimismo, se procedió a incorporar toda la documentación declarada confidencial a pieza separada de confidencialidad.

15. En cumplimiento de aquello que dispone el artículo 50.3 de la LDC, en concordancia con el artículo 33.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, en fecha 4 de diciembre de 2013 se procedió a notificar el Pliego de Concreción de Hechos (en adelante, PCH) a los interesados. La comunicación del PCH dirigida a TENO consta como efectivamente notificada el día 5 de diciembre de 2013. La comunicación dirigida a MÉS QUE LLEURE consta como efectivamente notificada el día 5 de diciembre de 2013. La comunicación dirigida al denunciante consta como efectivamente notificada el día 5 de diciembre de 2013. La comunicación dirigida a 7 I TRIA consta como efectivamente notificada el día 9 de diciembre de 2013. La comunicación dirigida a SERVEIS D'ESPLAI consta como efectivamente notificada el día 5 de diciembre de 2013. La comunicación dirigida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) fue registrada de salida el día 11 de diciembre y consta como efectivamente notificada mediante la aplicación CIRCABAC el día 12 de diciembre de 2013.

16. En relación con las alegaciones de las diferentes entidades interesadas, en fecha 31 de diciembre de 2013 fue registrado de entrada, en el Departamento de Economía y Conocimiento, con n.º 0244E/17954/2013, un escrito de alegaciones al PCH formulado por el denunciante, el Sr. Marc Perea. En fecha 21 de enero de 2014 se dictó de oficio una providencia de confidencialidad de cierta información aportada por el denunciante y adjunta a su escrito de alegaciones al PCH, la cual fue notificada efectivamente al interesado el 27 de enero de 2014, mediante oficio con número de registro 0256S/7/2014. Asimismo, se procedió a incorporar la referida documentación a pieza separada de confidencialidad.

17. De acuerdo con aquello que prevé el artículo 50.4 de la LDC y los artículos 33.3. y 34.1. del RDC, el día 21 de enero de 2014, se dictó la providencia de cierre de la fase de instrucción del expediente de referencia y, en fecha 22 de enero de 2014, el DG emitió su propuesta de resolución. Se envió una copia de los dos documentos a las partes interesadas el día 23 de enero de 2014 y se notificaron efectivamente en las fechas que se indican a continuación. Así, TENO recibió efectivamente la notificación el 24 de enero de 2014 (oficio registrado con el número 0256S/10/2014); MÉS QUE LLEURE recibió efectivamente la notificación el 27 de enero de 2014 (oficio registrado con el número 0256S/11/2014); el Sr. Marc Perea recibió efectivamente la notificación el 27 de enero de 2014 (oficio registrado con el número 0256S/12/2014); 7 I TRIA recibió efectivamente la notificación el día 27 de enero de 2014 (oficio registrado con el número 0256S/13/2014), y SERVEIS D'ESPLAI recibió efectivamente la notificación el día 27 de enero de 2014 (oficio registrado con el número 0256S/14/2014). Igualmente, el día 27 de enero de 2014, se dirigió mediante la aplicación CIRCABAC un oficio, con número de registro 0256S/16/2014, de comunicación a la CNMC de la providencia de cierre de la fase de instrucción y de la propuesta de resolución que fue recibido el mismo día.

18. De acuerdo con lo que disponen los artículos 50.5 de la LDC y 34.2 del RDC, en fecha 18 de febrero de 2012, se elevó al TCDC de la ACCO el informe con la propuesta de resolución, en el cual el DG propone al TCDC de la ACCO "que declare no acreditada la realización por parte de ASSOCIACIÓ SERVEIS EDUCATIUS, RECURSOS DE L'ESPLAI, 7 I TRIA, SA, TENO, SL, y MÉS QUE LLEURE, SL" de una práctica prohibida por la LDC. La propuesta de resolución de 22 de enero de 2014 se elevó al Pleno junto con el expediente de referencia y sin que se hubiera recibido dentro del plazo concedido a tal efecto ninguna alegación a la propuesta de resolución dictada por el DG de la ACCO.

19. Son partes interesadas en este expediente el Sr. Perea (administrador único de LLEURE PROGRAMAT, SL) como denunciante y TENO, SL, MÉS QUE LLEURE, SL, 7 I TRIA, SA, y ASSOCIACIÓ SERVEIS EDUCATIUS, RECURSOS DE L'ESPLAI (SERVEIS D'ESPLAI) como denunciadas. Asimismo, la CNMC también es parte interesada.

20. Los hechos que constan acreditados en el informe con la propuesta de resolución del DG son los que, de manera sumaria, se describen a continuación.

20.1. El denunciante, el Sr. Marc Perea, es administrador único de la sociedad LLEURE PROGRAMAT, SL, con CIF B-64199631 y domicilio en Sant Feliu de Llobregat. Las principales actividades de LLEURE PROGRAMAT están relacionadas con la prestación de servicios educativos

no reglados, en comedores escolares, jardines de infancia y patios de escuela, actividades extraescolares, casas de colonias y actividades de verano. Así, esta entidad desarrolla su actividad en el ámbito en el cual se han denunciado las presuntas irregularidades que se encuentran en el origen del presente expediente. Por último, cabe indicar que se ha observado que LLEURE PROGRAMAT, SL, podría haber cambiado su denominación a principios del año 2013 (14 de enero de 2013) para pasar a denominarse COCINA Y SABOR MEDITERRANEOS, SL.

SERVEIS D'ESPLAI es una entidad con domicilio en El Prat de Llobregat y con CIF G-61012514. Según consta en la respuesta dada al requerimiento de información por los representantes de esta empresa, SERVEIS D'ESPLAI es una entidad sin ánimo de lucro que nace con el objetivo de realizar servicios educativos de ocio para niños, niñas y jóvenes. También explican que la entidad realiza un amplio abanico de actividades orientadas a la educación y a la protección de la infancia y de la juventud, ya que se trata de un colectivo vulnerable, y siempre con especial énfasis en la inclusión social y en el trabajo para el desarrollo comunitario. En concreto, y siempre según la respuesta al requerimiento de información, SERVEIS D'ESPLAI organiza unas actividades denominadas "tiempo de mediodía" que consisten en la prestación del servicio de monitores en el período de tiempo que transcurre entre la finalización de las clases de la mañana y el inicio de las clases de la tarde. Entre otras actividades, se incluye la alimentación. SERVEIS D'ESPLAI presta directamente sus servicios en el tiempo de mediodía, pero el servicio de alimentación lo contrata siempre a un tercero, ya sea en formato de *catering* o de "cocina *in situ*".

Por otra parte, SERVEIS D'ESPLAI, de conformidad con sus estatutos, tiene entre sus objetivos impulsar la Fundació Catalana de l'Esplai. La Fundació Catalana de l'Esplai es una iniciativa sin ánimo de lucro creada con la finalidad de impulsar la educación en el ocio de niños, jóvenes y adultos, así como el desarrollo de la vida asociativa como espacio de vertebración de una sociedad democrática. Constituida el año 1996, esta fundación reúne centros recreativos y entidades de servicios que trabajan en proyectos educativos y de desarrollo del movimiento asociativo desde hace más de treinta años.

7 I TRIA es una sociedad con CIF A-61046017 y domicilio social en Sant Andreu de la Barca que tiene por objeto, según el artículo 2 de sus estatutos, "la gestión y servicio para la enseñanza, el ocio y la cultura. El negocio de servicios y preparación de comidas para colectividades, consistentes en la preparación y suministro de comidas en general a grupos, colegios, hospitales, aeropuertos, hoteles, empresas, industrias, estudios, centros de conferencias, etc., tanto cocinando en las cocinas propias como en las de los citados colegios, hospitales, empresas, etc. En

relación con los servicios concretos de comedor, 7 I TRIA diferencia sus actividades entre la "gestión de la actividad de atención educativa en el servicio de comedor escolar" y la "gestión de la actividad de alimentación en el servicio de comedor escolar".

TENO es una mercantil con CIF B-61904017 y domicilio social en Barcelona. Según sus propios estatutos, TENO tiene por objeto, en primer lugar, la prestación de servicios escolares consistentes en la organización de colonias y actividades lúdico-educativas, así como la prestación de servicios de monitor en centros escolares. En segundo lugar, se ocupa de la prestación de todo tipo de servicios de asistencia social, dirigidos a jóvenes y adultos. En la respuesta al requerimiento de información, TENO pone énfasis en la coordinación de sus actividades con las características de cada centro. Específicamente, en relación con los servicios de mediodía que ofrece, se afirma que "Generalmente las actividades de monitor se realizan en horario lectivo escolar y comprenden la hora en que se da la comida a los alumnos y la vuelta a clase. Como actividad complementaria presta el servicio de comedor, con la finalidad de dar un servicio de atención educativa a niños y a jóvenes de Educación Infantil y de Educación Primaria.

MÉS QUE LLEURE es una entidad con domicilio social en Santa Coloma de Gramenet y CIF B-64192370. Según el artículo 2 de sus estatutos, entre sus objetivos está la realización de actividades de docencia en cualquier rama del conocimiento humano, actividades extraescolares, servicios de "monitoraje" de comedores escolares y servicios de acompañamiento a actividades escolares e infantiles, así como cualquier otra actividad relacionada directamente o indirecta con la enseñanza. Asimismo, sus representantes explican que la principal actuación mercantil y empresarial se centra en el servicio educativo de mediodía, que comprende el servicio de monitor de comedor y actividades educativas de tiempo libre que se desarrollan desde que se acaba el comedor hasta que empiezan las clases de la tarde.

20.2. SERVEIS D'ESPLAI dispone de un documento titulado Memorándum del tratamiento fiscal de las actividades de "Tiempo de mediodía" y de "Apoyo escolar" donde explica los criterios que utiliza a la hora de aplicar el IVA a los servicios que ofrece. En concreto, SERVEIS D'ESPLAI considera que las actividades que llama "de mediodía" –consistentes en la prestación de los servicios de "monitoraje" durante el tiempo que transcurre desde la finalización de las clases de la mañana hasta el inicio de las de la tarde, incluyendo el servicio de comedor– cumplen con los condicionantes para que les sean aplicables las exenciones de los artículos 20.Uno.8 y las del artículo 20.Uno.9 de la LIVA. De acuerdo con este criterio, SERVEIS DE L'ESPLAI no repercute IVA a las actividades de "monitoraje" y comedor porque les aplica la exención.

20.3. En las respuestas a los requerimientos de información, MÉS QUE LLEURE manifiesta que, en relación con la repercusión del IVA a sus servicios, aplican la exención del impuesto prevista en el artículo 20.Uno.9 de la LIVA. En particular, esta exención hace referencia a los servicios de "monitoraje". En cuanto al servicio de comedor, MÉS QUE LLEURE no prestó este servicio hasta el año 2011 y considera que le es de aplicación el IVA al tipo reducido.

20.4. En relación con la repercusión del IVA, 7 I TRIA distingue entre cuatro tipos distintos de actividades. Así, en relación con la gestión de la actividad de atención educativa en el servicio de comedor escolar, considera que es un servicio que está exento de IVA de acuerdo con el artículo 20.Uno.9 y, por lo tanto, no lo aplica. Con respecto a la actividad de alimentación en el servicio de comedor escolar, 7 I TRIA manifiesta que le es de aplicación el IVA reducido. En relación con la gestión de la actividad educativa en los períodos anterior y posterior al horario lectivo se aplica la exención prevista en el artículo 20.Uno.9, relativa a la educación de la infancia y la juventud, y la guardia y custodia de niños y niñas. Finalmente, 7 I TRIA también indica que, en relación con los servicios de monitores de comedor en los que no gestionan el proyecto educativo, se aplica el IVA general del 18%.

20.5. En el período comprendido entre 2008 y 2012, TENO ha modificado su política de aplicación del IVA. Hasta el año 2009, TENO prestaba sus servicios a empresas de *catering* y aplicaba un IVA reducido a los servicios de monitor. Desde el año 2010, TENO presta los servicios directamente a las escuelas y considera que, en este caso, está exenta de aplicar el IVA a los servicios de monitor, mientras que aplica el IVA reducido a los servicios de comedor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El objeto de esta resolución es determinar si las actuaciones de las cuatro empresas imputadas en este expediente, en relación con la aplicación presuntamente incorrecta del IVA a los servicios de "monitoraje" y comedor en las escuelas, constituyen o no un ilícito previsto en el artículo 3 de la LDC, que se refiere al falseamiento de la competencia por actos desleales. El artículo 3 de la LDC establece: "La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán, en los términos que la presente ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público".

2. Antes de entrar en el análisis de la cuestión que nos ocupa, es importante caracterizar el mercado relevante. En el informe con la propuesta de resolución, se establece que el mercado de referencia de producto se corresponde con los servicios de comedor escolar, tanto de alimentación como de asistencia de monitores durante las horas del mediodía. Aunque estos dos servicios pueden ser contratados conjuntamente, también es posible contratarlos por separado. La oferta de estos servicios la forman un conjunto de empresas, con o sin ánimo de lucro, que pueden ofrecer los dos tipos de servicios. Los demandantes son todas las escuelas, públicas y privadas, que ofrecen servicio de comedor. Por lo tanto, de acuerdo con lo que se expone en el informe con la propuesta de resolución, el mercado de producto comprendería tanto el ámbito público como el privado. En cuanto al ámbito geográfico, el mercado quedaría restringido a Cataluña.

En el informe con la propuesta de resolución se presentan una serie de aproximaciones a la cuota de mercado de las empresas denunciadas. En opinión del TCDC de la ACCO, los datos disponibles no son suficientes para determinar con precisión la cuota de mercado de estas empresas. Esto es así por las siguientes razones. En primer lugar, se desconoce la población a la cual, potencialmente, se puede dar servicio, es decir, el número de alumnos que pueden contratar el servicio de comedor de mediodía. En segundo lugar, tampoco se conoce con exactitud el número de alumnos y/o centros servidos por las empresas denunciadas, dado que la información aportada en los diferentes requerimientos de información no es coincidente. Por último, la información no permite distinguir entre servicio de comedor y servicio de "monitoraje", aunque los porcentajes de participación pueden ser diferentes.

Sin embargo, hay que decir que los datos aportados por la Dirección General de Atención a la Familia y Comunidad Educativa en relación con los centros donde el servicio de comedor está subvencionado ponen de manifiesto que las empresas denunciadas prestarían servicio en 74 centros del total de 1649 que dieron información. Para tener un orden de magnitud con el que comparar el número de centros que dieron información a la Dirección General de Atención a la Familia y Comunidad Educativa, se puede decir que en el curso 2012/2013, en Cataluña, había 1711 centros públicos de Educación Infantil y de Primaria.

Además, las cifras que aportan las empresas denunciadas respecto del total de centros donde ofrecen servicios suponen una cuota de mercado pequeña en relación con todos los centros de Cataluña. No obstante, los datos relativos serían superiores si se comparan, no con Cataluña, sino con el total de centros del ámbito geográfico donde operan las empresas denunciadas, que se corresponde con determinadas comarcas de la demarcación de Barcelona.

3. Como el objeto de la denuncia tiene que ver con ciertas prácticas de exención del IVA por parte de las entidades denunciadas, se considera de interés reproducir los apartados 8.º y 9.º del artículo 20.Uno de la LIVA:

Artículo 20. Exenciones en operaciones interiores

Uno. *Estarán exentas de este impuesto las siguientes operaciones:*

[...]

8.º *Las prestaciones de servicios de asistencia social que se indican a continuación efectuadas por entidades de derecho público, o entidades o establecimientos privados de carácter social:*

- a)** *Protección de la infancia y de la juventud. Se considerarán actividades de protección de la infancia y de la juventud la rehabilitación y formación de niños y jóvenes, la asistencia a lactantes, la de custodia y atención a niños menores de seis años de edad, la realización de cursos, excursiones, campamentos o viajes infantiles y juveniles, y otras análogas prestadas en favor de personas menores de veinticinco años de edad.*
- b)** *Asistencia a la tercera edad*
- c)** *Educación especial y asistencia a personas con minusvalía*
- d)** *Asistencia a minorías étnicas*
- e)** *Asistencia a refugiados y asilados*
- f)** *Asistencia a transeúntes*
- g)** *Asistencia a personas con cargas familiares no compartidas*
- h)** *Acción social comunitaria y familiar*
- i)** *Asistencia a ex reclusos*
- j)** *Reinserción social y prevención de la delincuencia*
- k)** *Asistencia a alcohólicos y toxicómanos*
- l)** *Cooperación para el desarrollo*

La exención comprende la prestación de los servicios de alimentación, alojamiento o transporte accesorios de los anteriores prestados por dichos establecimientos o entidades, con medios propios o ajenos.

9.º *La educación de la infancia y de la juventud, la guarda y custodia de niños, la enseñanza escolar, universitaria y de postgraduados, la enseñanza de idiomas y la formación y reciclaje profesional realizadas por entidades de derecho público o entidades privadas autorizadas para el ejercicio de dichas actividades.*

La exención se extenderá a las prestaciones de servicios y entregas de bienes directamente relacionadas con los servicios enumerados en el párrafo anterior, efectuadas, con medios propios o ajenos, por las mismas empresas docentes o educativas que prestan los mencionados servicios.

La exención no comprenderá las siguientes operaciones:

- a)** *Los servicios relativos a la práctica del deporte prestados por empresas distintas de los centros docentes.*
En ningún caso, se entenderán comprendidos en esta letra los servicios prestados por las asociaciones de padres de alumnos vinculadas a los centros docentes.

- b) Las de alojamiento y alimentación prestadas por colegios mayores o menores y residencias de estudiantes.*
- c) Las efectuadas por escuelas de conductores de vehículos relativas a los permisos de conducción de vehículos terrestres de las clases A y B y a los títulos, licencias o permisos necesarios para la conducción de buques o aeronaves deportivos o de recreo.*
- d) Las entregas de bienes efectuadas a título oneroso.*

Asimismo, resulta de interés dejar constancia de que la Resolución EDU/1712/2008, de 2 de junio, del Departamento de Educación de la Generalitat de Cataluña fija el precio máximo de la prestación del servicio de los centros educativos de titularidad del Departamento de Educación en una cantidad determinada por alumno y día, IVA incluido. Esta misma resolución establece que el precio máximo de la prestación del servicio escolar de comedor comprende, además de la comida, la atención directa al alumnado durante el tiempo de prestación del servicio de comedor y los períodos de tiempo anteriores y posteriores desde que acaban las clases de la mañana hasta que empiezan las de la tarde.

4. El artículo 3 de la LDC contempla como ilícito en materia de defensa de la competencia el falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Los requisitos que tienen que concurrir para que sea de aplicación el artículo 3 de la LDC son: (i) un acto de competencia desleal y (ii) un falseamiento de la libre competencia ocasionado por el acto de competencia desleal que comporte una afectación del interés público. En relación con estos requisitos, la extinta CNC ha puesto de manifiesto en varias resoluciones (véase, por ejemplo, la Resolución de 26 de enero de 2000, expediente 451/99, Distribuidora Industrial) que son desleales aquellas conductas previstas en la legislación general sobre esta materia y, más concretamente, en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD), y que el falseamiento de la libre competencia tiene que tener entidad suficiente para afectar al interés público. Es decir, para que una actuación corresponda a un ilícito previsto en el artículo 3 de la LDC no sólo se tiene que producir un acto de competencia desleal prohibido por la LCD, sino que hace falta que éste tenga unas consecuencias suficientemente graves en el mercado como para afectar al interés público.

5. El Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de la ACCO, en el fundamento jurídico 6.º de la Resolución de 18 de enero de 2011 [Expediente 7/2009 (71/2008), Gas Natural], determinó los requisitos necesarios para que concurra un acto de competencia desleal del artículo 3 de la LDC en los términos que se exponen literalmente a continuación: "El sentido de la prohibición de los actos de competencia desleal que, por

falsear la libre competencia, afecten al interés público, es que se trate de actos de competencia desleal, actos que por definición falsean la libre competencia, pero que lo hagan afectando al interés público de una forma especialmente grave o trascendente, especialmente por los efectos reales o potenciales de la conducta desleal. En este sentido está claro que el primer elemento de la prohibición prevista en el artículo 3 de la LDC está constituido por un acto o conducta de competencia desleal y que esta noción se construye *per relationem* con la LCD, pues es en esta norma donde están tipificadas estas conductas desleales. Sin embargo, para que los comportamientos previstos en la LCD tengan la consideración de actos de competencia desleal tienen que concurrir, con carácter previo, los presupuestos objetivos establecidos en el artículo 2.1 de la LCD, es decir, que se trate de actos realizados en el mercado y con finalidad concurrencial" (FJ 6.º).

6. De acuerdo con lo que se acaba de exponer, atendiendo al análisis del caso que nos ocupa y a lo que dispone la LCD en relación con los actos de competencia desleal, las conductas denunciadas podrían ser consideradas un acto de competencia desleal en caso de que haya existido una violación de norma del artículo 15.1 de la LCD, violación de norma que rompería la igualdad entre competidores por suponer una ventaja competitiva significativa (STS de 24 de junio de 2005, Sala Civil, recurso número 226/1999, y STS de 7 de marzo de 2012, Sala Civil, recurso número 481/2009). En concreto, las actuaciones de las empresas denunciadas pueden constituir una infracción de la Ley del IVA que les otorgaría una ventaja competitiva respecto del resto de competidores. Esto es así porque la no repercusión del IVA al coste del servicio de comedor les otorga una ventaja en precios respecto de las empresas que sí aplican el IVA.

Así, la valoración de las conductas de las empresas denunciadas como actos de competencia desleal depende de si la interpretación que hacen en relación con la repercusión del IVA al servicio de comedores escolares y de "monitoraje" se ajusta a la normativa tributaria que lo regula, es decir, a la LIVA.

7. Tal como se ha descrito en los hechos acreditados, todas las empresas denunciadas consideran que no tienen que repercutir el IVA en el servicio de monitores, mientras que algunas consideran que tampoco lo tienen que aplicar a los servicios de comedor. En sus escritos de respuesta a los requerimientos de información, las entidades denunciadas indican que las actividades que realizan en el tiempo de mediodía en las escuelas corresponden a actividades esencialmente educativas. Abundando más en esta cuestión, algunas de las denunciadas argumentan que se diferencian de las empresas de *catering* porque estas últimas se limitan a ofrecer un servicio de comedor y vigilancia, mientras que ellas ponen el énfasis en el

contenido educativo y formativo de las actividades, siendo la actividad de comedor una actividad subordinada al servicio de "monitoraje". Así, algunas de las denunciadas consideran que su actividad en el tiempo de mediodía es un servicio asistencial y que, como tal, tiene derecho a la exención del IVA de acuerdo con lo que prevé el artículo 20.Uno.8 de la LIVA. Otras empresas se identifican como centro educativo y como tales pueden aplicarse la exención prevista en el artículo 20.Uno.9 de la LIVA.

8. Respecto de la adecuación del criterio seguido por las denunciadas a la LIVA existen diversas respuestas por parte de diferentes órganos de la administración pública. Después de un primer pronunciamiento el año 1997, las respuestas más claras se encuentran a partir de la consulta vinculante de 18 de abril de 2008 emitida por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), en la cual concluye que los servicios de monitores escolares están sujetos a IVA y no exentos, salvo que los prestadores de los servicios sean fundaciones o asociaciones declaradas de utilidad pública que presten servicios de atención y custodia a niños menores de 6 años. La exención no se aplica en ningún caso a las sociedades mercantiles. Asimismo, concluye que los servicios de comedor escolar están sujetos y no exentos del IVA (cuota del 7%), menos cuando son prestados por el mismo centro educativo, estando en este caso sujetos pero exentos del IVA.

En términos similares se pronunció la DG de Tributos del Ministerio de Economía el 22 de abril de 2008, en respuesta a una consulta vinculante del denunciante. Más recientemente, el 21 de noviembre de 2012, la DG de Tributos se pronunció nuevamente en la respuesta a una nueva consulta vinculante por parte del denunciante. La opinión de esta administración insiste en aquello que ya había dicho el año 2008 en relación con la repercusión del IVA a los servicios de comedor y "monitoraje", y esta vez deja claro que los servicios de monitores de niños mayores de 6 años prestados por federaciones, fundaciones o asociaciones estarán sujetos y no exentos del IVA.

Un último pronunciamiento data de 13 de diciembre de 2012; en esta consulta vinculante la DG de Tributos analiza si a las entidades de carácter fundacional o asociaciones les sería de aplicación la exención del IVA prevista en el artículo 20.Uno.9 de la LIVA. La conclusión de la DG de Tributos es negativa y refuerza las conclusiones expresadas en la consulta de 21 de noviembre del mismo año.

Adicionalmente, el día 20 de diciembre de 2011 el Juzgado de Primera Instancia número 1 de El Prat de Llobregat inició un procedimiento de Diligencias previas (773/2009-H) por un presunto fraude del IVA en los servicios de comedores escolares contra Fundació Catalana de l'Esplai. Este procedimiento fue posteriormente archivado, dado que se estimó que

no concurría el elemento subjetivo de dolo o voluntad inequívoca de defraudar. No obstante, el Ministerio Fiscal consideró que SERVEIS D'ESPLAI habría dejado de ingresar determinados importes en concepto de IVA y solicitó que estos hechos se pusieran en conocimiento del Delegado de la AEAT en Cataluña, a fin de que se realicen las acciones oportunas para la regularización tributaria en vía administrativa de los ingresos eludidos.

Asimismo, MÉS QUE LLEURE está incurso en actuaciones de comprobación e investigación por parte de la Inspección de Tributos de la AEAT de Barcelona, iniciadas el 22 de marzo de 2012. TENO ha sido objeto de actuaciones de inspección por parte de la Agencia Tributaria en relación con el IVA aplicado en el ejercicio 2009-2010 y se ha acabado con un acuerdo de liquidación relativo a las referidas actuaciones. Este acuerdo de liquidación no es firme.

9. En opinión del TCDC de la ACCO, a pesar de los pronunciamientos detallados en el punto anterior, el enunciado de los artículos 20.Uno.8 y 20.Uno.9 de la LIVA generan una duda razonable en relación con su interpretación respecto a las exenciones que en ellos se establecen. Esto es así porque no queda claramente definido qué se entiende por actividad educativa. En particular, el artículo 20.Uno.9 determina que queda exenta del impuesto: la educación de la infancia y de la juventud, y la guarda y custodia de niños, y añade que la exención se extiende a las prestaciones de servicios y entregas de bienes directamente relacionadas con los servicios enumerados. Por otra parte, las actividades objeto de la denuncia no están incluidas en las operaciones que de manera explícita contempla este artículo como no exentas.

En relación con la definición de actividad educativa a efectos de exención, la respuesta a la consulta vinculante de la DG de Tributos de 13 de diciembre de 2012 hace una interpretación restrictiva al considerar que los servicios educativos complementarios prestados por monitores no están amparados por la exención, dado que no forman parte de ningún plan de estudios en ninguna etapa o nivel del sistema educativo. Esta última afirmación se desprende de un informe elaborado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. En otras palabras, en esta última consulta, la DG de Tributos interpreta que aunque los servicios de "monitoraje" pudieran ser considerados como servicios educativos, no estarían exentos del IVA dado que el concepto "educación" es mucho más amplio que el de "enseñanza" y podría tener consecuencias no deseadas por el legislador.

Las empresas denunciadas fundamentan la decisión de considerar que efectivamente se trata de servicios de carácter educativo en pronunciamientos diversos, tanto de algunas consejerías autonómicas de educación y del propio Ministerio de Educación como en pronunciamientos

de la justicia europea. Así, por ejemplo, la DG de Atención a la Familia y Comunidad Educativa de la Generalidad de Cataluña dio respuesta a las consultas efectuadas por algunas de las entidades denunciadas en el sentido que las prestaciones de servicios y actividades educativas, así como el servicio escolar de comedor que incluye el espacio interlectivo del mediodía, cuando sean realizadas en escuelas e institutos y tengan como destinatarios los alumnos de estos centros, pueden tener la consideración de educativas. De acuerdo con la información aportada por las denunciadas, las consejerías de educación de comunidades autónomas como Madrid, Andalucía y Valencia y el mismo Ministerio de Educación se habrían pronunciado en el mismo sentido a la hora de considerar que los servicios de "monitoraje" tienen carácter educativo. En las respuestas más recientes de la DG de Tributos se da un paso más allá y se distingue entre educación y enseñanza. Cabe señalar que esta interpretación más restrictiva no se había realizado de manera tan clara en manifestaciones anteriores.

Un elemento adicional que pone de manifiesto la existencia de incertidumbre en la aplicación del IVA se encuentra en la respuesta al requerimiento de información de la instrucción de este expediente que aportó el inspector regional de Cataluña de la AEAT. En esta respuesta se lee que una de las empresas denunciadas ha sido comprobada en relación con la repercusión del IVA en el suministro de comida y monitores a las escuelas. La inspección finalizó en abril de 2013. En la liquidación se reclamó el IVA correspondiente, pero no se impuso sanción, al entenderse que existían dudas razonables sobre este tema. En definitiva, se observa que las comprobaciones por parte de la Agencia Tributaria han empezado muy recientemente y que la misma Agencia admite posibles incertidumbres en su aplicación.

Adicionalmente, en relación con las respuestas vinculantes por parte de la DG de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, se tiene que decir que sólo es doctrina administrativa que puede ser interpretada y anulada por los tribunales de justicia españoles que hagan una interpretación diferente de la Ley del IVA. En este sentido se puede citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2001, Sala de lo Contencioso-administrativo (recurso n.º 7957/1995), que, en relación con la naturaleza y efectos de las contestaciones a las consultas, dice que "(...) las consultas tributarias, cualquiera que sea su naturaleza, son instrumentos de colaboración de la Administración con los contribuyentes o con las entidades que legítimamente los representan, pero no elementos determinantes del ejercicio de la potestad reglamentaria o interpretativa que las leyes (...) puedan reconocer", y que "(...) si se pretendiera que la respuesta a una consulta vinculante es disposición reglamentaria, es decir, que queda integrada en el Ordenamiento, habría que sostener su nulidad, pero no por consideraciones afectantes a la corrección o no de su

contenido, sino por constituir una manifestación de potestad reglamentaria producida fuera de los cauces establecidos constitucional y legalmente" (FJ 4.º). Asimismo, en la sentencia se manifiesta que el carácter vinculante de las respuestas a las consultas efectuadas por los contribuyentes "afecta exclusivamente a los órganos de gestión de la Administración Tributaria" y que "Por consiguiente, no tienen aquéllas carácter vinculante, como lo tendrían si se tratara de disposiciones administrativas innovadoras del Ordenamiento Jurídico, ni para los tribunales de justicia (...) ni para los propios órganos de revisión de los actos tributarios como son los tribunales económico-administrativos" (FJ 4.º). Finalmente, en el fundamento jurídico 5.º, la sentencia concluye que "(...) estas respuestas, sea cual sea su naturaleza –vinculante o no– no son producto del ejercicio de una potestad administrativa, sea reglamentaria o interpretativa (...), sino de un deber de información y asistencia en el cumplimiento de las obligaciones tributarias".

Por todas las razones anteriores, el TCDC de la ACCO coincide con la conclusión establecida en el informe con la propuesta de resolución, en el sentido que ha podido haber incertidumbre sobre cómo había que aplicar el IVA en este tipo de servicios por parte de las entidades denunciadas. En definitiva, considera que ha habido incertidumbre jurídica a la hora de determinar si los servicios de "monitoraje" prestados en el horario interlectivo del mediodía están o no exentos de IVA. En este punto, el TCDC de la ACCO entiende que la ACCO no tiene competencias para valorar si la conducta de las entidades denunciadas se ajusta o no a la normativa tributaria, y como la conducta analizada constituiría una infracción del artículo 15.1 de la LCD en función de esta normativa, no resulta posible acreditar la existencia de un acto de competencia desleal y, por lo tanto, de una conducta contraria a la LDC.

10. Adicionalmente, el informe con la propuesta de resolución concluye que difícilmente se puede llegar a considerar que la actuación de las partes denunciadas constituya una afectación al interés público. Esencialmente, la argumentación que fundamenta esta conclusión es la escasa importancia relativa que las empresas denunciadas tienen en el mercado de referencia. En este punto, el TCDC del ACCO no comparte la posición expuesta por el DG en el informe con la propuesta de resolución. Tal como se ha puesto de manifiesto en el fundamento de derecho número 2, la información disponible sobre la participación de las empresas denunciadas en el mercado no es suficientemente precisa para poder evaluar la cuota de mercado de las empresas denunciadas. Entre otros aspectos, habría que conocer, por una parte, la importancia relativa en el área geográfica donde se concentran las denunciadas y que corresponde a algunas comarcas de la demarcación de Barcelona, y de la otra, la extensión de la práctica de no repercutir el IVA en toda Cataluña. Por otra parte, una diferencia en el importe final de los servicios del 18%,

correspondiente al tipo general del IVA –del 21% a partir del 1 de septiembre de 2012– sería suficientemente elevada para situar a unos competidores con una ventaja significativa en relación con los otros y afectar a la estructura de mercado. Así, en caso de que hubiera resultado acreditado un acto de competencia desleal, habría sido necesario profundizar en la participación en el mercado de las empresas denunciadas para llegar a una conclusión sobre la afectación del interés público.

11. Tal como se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho, no se presentó ninguna alegación al informe con la propuesta de resolución. El denunciante sí que presentó, sin embargo, alegaciones al PCF. Respecto de las alegaciones relativas al dimensionamiento en el mercado de las empresas contra las que se incoó expediente y sobre la afectación del interés general, el TCDC de la ACCO ya se ha manifestado en los puntos anteriores. Respecto del resto de alegaciones, se dan por reproducidas las respuestas del DG en el informe con la propuesta de resolución.

12. En conclusión, el TCDC de la ACCO considera que no ha quedado acreditada la realización por parte de TENO, SL; MÉS QUE LLEURE, SL; 7 I TRIA, SA, y ASSOCIACIÓ SERVEIS EDUCATIUS, RECURSOS DE L'ESPLAI (SERVEIS D'ESPLAI) de una conducta prohibida por la LDC. En concreto, no ha resultado acreditada una infracción del artículo 3 de la LDC en relación con el artículo 15.1 de la LCD.

13. Por todo lo que se ha expuesto anteriormente, vistos los preceptos legales y los demás de aplicación general, el TCDC de la ACCO, en su reunión de 28 de julio de 2014,

RESUELVE

Primero. Acordar, de conformidad con el apartado a) del artículo 10.2 de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia (en adelante, LACCO) y el apartado c) del artículo 53.1 de la LDC, declarar que no ha resultado acreditada la comisión por parte de TENO, SL; MÉS QUE LLEURE, SL; 7 I TRIA, SA, y ASSOCIACIÓ SERVEIS EDUCATIUS, RECURSOS DE L'ESPLAI (SERVEIS D'ESPLAI) de una conducta infractora de la LDC.

Segundo. Acordar comunicar esta resolución del expediente 36/2011, Servicio de Comedores Escolares, a la Dirección General de la ACCO y que se notifique a las partes interesadas, haciéndoles saber que, de conformidad con los artículos 3.1 de la LACCO y 48.1 de la LDC, no se puede presentar en contra ningún recurso por la vía administrativa y que sólo se puede interponer un recurso contencioso-administrativo, de acuerdo con la Ley 29/1989, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

(Firmas)