

RESOLUCIÓN
(Expte. S/0555/15 PROSEGUR-LOOMIS)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep María Guinart Solà
D^a. María Ortiz Aguilar
D. Fernando Torremocha y García - Sáenz
D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 10 de noviembre de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado esta Resolución en el expediente S/0555/15 PROSEGUR-LOOMIS, incoado por la Dirección de Competencia contra las empresas PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L. y LOOMIS SPAIN, S.A., así como contra sus directivos o representantes legales, por supuesta infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en acuerdos o prácticas concertadas para el reparto de servicios de transporte y manipulación de fondos en España.

I.- ANTECEDENTES

1. Con fecha 3 de noviembre de 2014, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) una denuncia anónima por la que se ponía en conocimiento de la CNMC lo ocurrido en dos concursos que habían sido convocados por el GRUPO CORREOS para la contratación del “servicio

de recogida, transporte y custodia de fondos, efectos de franqueo y filatéticos en edificios del GRUPO CORREOS¹ (folios 2 a 4).

La citada denuncia señalaba que en dichos procedimientos de contratación se habían recibido ofertas de PROSEGUR ESPAÑA, S.L. (en adelante, PROSEGUR) y LOOMIS SPAIN, S.A. (en adelante, LOOMIS) que, según la denuncia, podrían ser constitutivos de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), al haberse repartido entre ambas empresas los diversos lotes en los que GRUPO CORREOS había dividido los dos concursos citados sin competir entre ellas (folios 5 a 60).

2. A la vista de los indicios anteriormente señalados, la Dirección de Competencia acordó llevar a cabo unas diligencias previas bajo la referencia DP/0044/14, para verificar la existencia y el alcance de las posibles conductas colusorias.
3. En el marco de estas diligencias previas, con fecha 6 de noviembre de 2014, la Dirección de Competencia solicitó a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS y TELEGRAFOS, S.A. (en adelante, CORREOS)², información en relación a los expedientes de licitación pública SP140002 y SP140006. La respuesta de CORREOS al citado requerimiento tuvo lugar el 14 de noviembre de 2014 (folios 67 a 224).

Asimismo, la Dirección de Competencia, en el marco de las citadas diligencias previas, realizó los días 10, 11 y 12 de febrero de 2015, sendas inspecciones en las sedes de las empresas PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR ESPAÑA, S.L. (conjuntamente PROSEGUR)³ y de LOOMIS⁴ (folios 225 a 272 y folios 273 a 304, respectivamente).

4. A la vista de la información obrante en el expediente DP/0044/14, la Dirección de Competencia acordó, con fecha 2 de marzo de 2015, el inicio de una información reservada bajo la referencia S/DC/0555/15 a la que se incorporó toda la información de las diligencias previas, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC, así como la incorporación al citado procedimiento de la documentación obrante en las diligencias previas DP/0044/14 (folio 1).
5. Con fecha 20 de abril de 2015, la Dirección de Competencia acordó, en el marco del expediente de referencia, la incoación del procedimiento sancionador contra PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR

¹ Procedimientos de licitación SP140002 y SP140006.

² Folios 61 a 66.

³ Folios 225 a 272.

⁴ Folios 273 a 304.

ESPAÑA, S.L.⁵ y contra LOOMIS SPAIN, S.A., así como contra cualesquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con los hechos denunciados, por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistentes en acuerdos o prácticas concertadas entre las citadas empresas para el reparto de clientes y actividades, la fijación de precios u otras condiciones comerciales y el intercambio de información comercial sensible en relación con la prestación y contratación de servicios en el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España (folios 335 a 337).

En el mismo acuerdo se disponía la incorporación al expediente de referencia de lo actuado en el marco de las diligencias previas así como determinados documentos en formato papel y electrónico recabados en las inspecciones llevadas a cabo en las sedes de LOOMIS y PROSEGUR.

Los documentos recabados en las inspecciones domiciliarias a los que alude el acuerdo de fecha 20 de abril de 2015 se corresponden con los folios 15909 a 16047 (en el caso de los documentos recabados en la sede de LOOMIS⁶) y folios 16131 a 16338 (en el caso de los documentos recabados en la sede de PROSEGUR⁷) del presente expediente.

6. Con fecha 30 de abril 2015, la Dirección de Competencia solicitó información a CAIXABANK, S.A. (CAIXABANK), BANCO DE SABADELL, S.A. (BANCO SABADELL), BANKIA, S.A. (BANKIA), BANCO SANTANDER, S.A. (BANCO SANTANDER), BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA) ABANCA CORPORACION BANCARIA, S.A. (ABANCA), BANCO MARE NOSTRUM, S.A. (BMN), LIBERBANK, S.A. (LIBERBANK), BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. (BANCO POPULAR), UNICAJA BANCO, S.A. (UNICAJA) e IBERCAJA BANCO, S.A. (IBERCAJA), en relación con los servicios que contratan con las empresas de transporte y manipulación de fondos (folios 419 a 534).
7. Con fecha 20 de mayo de 2015, tuvieron entrada en la CNMC las respuestas de BANCO SANTANDER y BMN a la solicitud de información que había sido efectuada por la Dirección de Competencia (folios 1039 a 1161 y 1178 a 1251, respectivamente).

El 21 de mayo de 2015, tuvieron entrada en la CNMC las respuestas de LIBERBANK (folios 1271 a 1333 y 1462 a 1605), UNICAJA (folios 1334 a

⁵ Con posterioridad a la adopción del Acuerdo de Incoación la sociedad PROSEGUR ESPAÑA, S.L. cambió de denominación social, pasando a denominarse PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L., según consta en Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) número 146, de 4 de agosto de 2015 (<https://www.boe.es/borme/dias/2015/08/04/pdfs/BORME-A-2015-146-28.pdf>)

⁶ La fecha de incorporación de la documentación fue el 21 de octubre de 2015, una vez resulta la confidencialidad de la misma.

⁷ Los documentos recabados en la sede de PROSEGUR se incorporaron al expediente de referencia el 12 de noviembre de 2015, una vez resulta la confidencialidad de la misma.

1386), IBERCAJA (folios 1394 a 1447). El 25 de mayo de 2015 entraron en la CNMC las respuestas de BBVA (folios 1641 a 2485) y BANCO POPULAR (folios 2638 a 2850). El 27 de mayo de 2015 entró la respuesta de BANKIA (folios 3022 a 3335).

El 28 de mayo de 2015, tuvo entrada en la CNMC la respuesta de CAIXABANK a la solicitud de información que había sido efectuada (folios 3565 a 4578). El 29 de mayo de 2015 entró la respuesta de ABANCA (folios 9029 a 9237) y, el 5 de junio de 2015 entró la respuesta de BANCO DE SABADELL (folios 14684 a 14859).

8. Con fecha 11 de mayo de 2015, la Dirección de Competencia solicitó información a TRANSPORTS DE BARCELONA, S.A., FERROCARRIL METROPOLITÀ DE BARCELONA, S.A. y PROJECTES I SERVEIS DE MOBILITAT, S.A (conjuntamente TRANSPORTS METROPOLITANS DE BARCELONA – TMB-), METRO DE MADRID, S.A. (METRO DE MADRID, folios), RENFE OPERADORA, FERROCARRILS DE LA GENERALITAT VALENCIANA (FGV), FERROCARRILS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA (FGC), EMPRESA MUNICIPAL DE TRANSPORTES DE MADRID, S.A. (EMT), METRO DE MALAGA, S.A. (METRO DE MALAGA), TRANSPORTES URBANOS DE SEVILLA, S.A.M. (TUSSAM), METRO BILBAO, S.A. (METRO BILBAO), EUSKO TRENBIDEAK - FERROCARRILES VASCOS S.A. (EUSKOTREN), SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA LOS TRANVÍAS DE ZARAGOZA, S.A. (TRANVÍA DE ZARAGOZA), TRANVÍA DE MURCIA, S.A. (TRANVÍA DE MURCIA) y METRO DE SEVILLA SOCIEDAD CONCESIONARIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA S.A. (METRO DE SEVILLA), acerca de los contratos que hubieran firmado con empresas de transporte y manipulación de fondos (folios 780 a 917).

9. El 22 de mayo de 2015, tuvo entrada en la CNMC respuesta de TRANVÍA DE ZARAGOZA a la solicitud de información efectuada (folios 1606 a 1640). Las respuestas de TUSSAM y EMT entraron en la CNMC el 25 de mayo de 2015 (folios 2488 a 2507 y 2546 a 2636, respectivamente). El 27 de mayo de 2015 entraron en la CNMC la respuesta de TMB (folios 2867 a 2944), METRO DE SEVILLA (folios 3338 a 3479). El 28 de mayo de 2015 entró la respuesta de TRANVÍA DE MURCIA (folios 4640 a 4639). Las respuestas de EUSKOTREN (folios 4721 a 4734), FGV (folios 4736 a 4799), METRO MÁLAGA (folios 4816 a 4897) y RENFE OPERADORA (folios 4935 a 9012) entraron en la CNMC el 29 de mayo de 2015.

El 1 de junio de 2015, tuvo entrada en la CNMC la respuesta de METRO DE MADRID a la solicitud de información que había sido efectuada (folios 9245 a 9479). El 5 de junio de 2015 entró la respuesta de METRO DE BILBAO (folios 14613 a 14675) y el 9 de junio de 2015 entró la respuesta de FGC (folios 14861 a 15038).

10. El 12 de mayo de 2015, la Dirección de Competencia solicitó información a PROSEGUR (folios 924 a 932) y a LOOMIS (folios 941 a 949) acerca de los

distintos servicios que componen la actividad de transporte y manipulación de fondos, así como las instalaciones y medios operativos de los que ambas entidades disponen para la prestación de este tipo de servicios.

La respuesta de LOOMIS a este requerimiento de información tuvo entrada en la CNMC los días 2 y 3 de junio de 2015 (folios 9482 a 11432 y 14560 a 14612) y la de PROSEGUR entró en la CNMC el 3 de junio de 2015 (folios 11433 a 14559).

- 11.** Con fecha 17 de septiembre de 2015, la Dirección de Competencia solicitó a EL CORTE INGLÉS, S.A. (ECI), LIDL SUPERMERCADOS, S.A.U. (LIDL) y a ALDI SUPERMERCADOS, S.L. (ALDI) información acerca de los servicios de transporte y manipulado de efectivo que estas entidades hubieran contratado (folios 15102 a 15107, 15115 a 15120 y folios 15128 a 15133).

La respuesta de ECI a esta solicitud de información tuvo entrada en la CNMC el 2 y 8 de octubre de 2015 (folios 15237 a 15240 y 15671 a 15779). La respuesta de ALDI entró en la CNMC el 2 de octubre de 2015 (folios 15249 a 15466) y la de LIDL el 6 de octubre de 2015 (folios 15497 a 15606).

- 12.** El 25 de septiembre de 2015, la Dirección de Competencia solicitó a MERCADONA, S.A. (MERCADONA) información análoga a las que previamente se había requerido a ECI, LIDL y ALDI (folios 15222 a 15227), teniendo entrada la respuesta de la entidad en la CNMC el 16 de octubre de 2015 (folios 15805 a 15905).

- 13.** Con fecha 9 de diciembre de 2015, la Dirección de Competencia acordó la incorporación al expediente de referencia de determinada documentación que había sido recabada en la sede de LOOMIS durante la inspección domiciliaria desarrollada entre los días 10 y 12 de febrero de 2015. El acuerdo se notificó a la empresa en la misma fecha (folios 16376 a 16382).

- 14.** La incorporación al expediente de la citada documentación, una vez resueltos los aspectos confidenciales, se produjo el 14 de enero de 2016 (folios 17426 a 17550).

- 15.** Con fecha 9 de diciembre de 2015, la Dirección de Competencia acordó la incorporación el expediente de referencia de determinados correos recabados en formato electrónico en la inspección realizada en la sede de PROSEGUR los días 10, 11 y 12 de febrero de 2015). El acuerdo se notificó a PROSEGUR en la misma fecha (folios 16347 a 16374).

- 16.** Asimismo, la Dirección de Competencia acordó, el 9 de diciembre de 2015 la incorporación al expediente de referencia de determinados ficheros y correos recabados en formato electrónico en la inspección desarrollada los días 10, 11 y 12 de febrero en la sede de LOOMIS. El acuerdo fue notificado a la citada empresa en la misma fecha (folios 16376 a 16384).

- 17.** Con fecha 1 de febrero de 2016, se incorporaron al expediente de referencia los documentos de PROSEGUR a los que se hacía referencia en el acuerdo de

9 de diciembre de 2015, una vez resueltos los aspectos confidenciales de los mismos (folios 17828 a 18084).

18. Con fecha 1 de marzo de 2016 (folios 18090 a 18093), de conformidad con el artículo 29 del RDC y a los efectos de poder aplicar lo establecido en el artículo 63.2 de la LDC, el Director de Competencia acordó la ampliación de la incoación del expediente sancionador de referencia contra los siguientes directivos y representantes legales de las empresas incoadas: D. José Luis Illana García (PROSEGUR) y D. Juan Miguel Mata Montejo (LOOMIS).

19. Con fecha 14 de marzo de 2016, fue acordado el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue debidamente notificado a las partes a los efectos de que pudieran presentar las alegaciones que estimasen oportunas (folios 18133 a 18252).

Todos los interesados presentaron alegaciones (folios 18620 a 18910).

20. En sus respectivos escritos de alegaciones al PCH, LOOMIS⁸ y PROSEGUR⁹ solicitaron el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente de referencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 52 de la LDC y 39 del RDC.

Ambas solicitudes fueron denegadas por la Dirección de Competencia en la Propuesta de Resolución del procedimiento (apartado VIII.2, párrafos 811 y ss.).

21. Con fecha 10 de junio de 2016, el instructor acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento (folios 18933 a 18934).

22. Con fecha 13 de junio de 2016, el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento, que fue debidamente notificada a las partes (folios 18941 a 19198).

23. Han presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución todos los interesados (folios 19795 a 20254).

24. Con fecha 6 de octubre de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de PROSEGUR por el que interpuso recurso contra el acuerdo de confidencialidad de 21 de septiembre de 2015 adoptado por el instructor del procedimiento (folios 15158 a 15178). El citado recurso fue desestimado por la Sala de Competencia de la CNMC mediante resolución de fecha 10 de diciembre de 2015 (R/AJ/112/15 PROSEGUR).

25. Con fecha 21 de junio de 2016, tuvo entrada en la CNMC recurso de PROSEGUR contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha 9 de junio de 2016 por el que se deniega parcialmente la solicitud de PROSEGUR de declaración de confidencialidad de determinada información contenida en su

⁸ Folio 18802.

⁹ Folios 18669, 18680, 18681 y 18733 a 18739.

escrito de alegaciones al PCH. El citado recurso fue desestimado por la Sala de Competencia de la CNMC mediante resolución de fecha 15 de septiembre de 2016 (R/AJ/296/16).

26. Con fecha 24 de junio de 2016, tuvo entrada en la CNMC escrito de PROSEGUR por el que interpuso recurso contra la denegación de la solicitud de terminación convencional antes citada. Con fecha 15 de septiembre de 2016, esta Sala desestimó el recurso (R/AJ/317/16).
27. Con fecha 8 de julio de 2016, el Director de Competencia elevó a la Sala de Competencia de la CNMC el informe propuesta para su resolución (folio 20255).
28. Con fecha 15 de septiembre de 2016, la Sala del Consejo de la CNMC acordó no acceder a la práctica de la prueba testifical solicitada por LOOMIS (folios 20515 a 20518).
29. Con fecha 6 de octubre de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador con fecha de efectos el día 7 de octubre de 2016, hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003.

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 7 de noviembre de 2016, con fecha de efectos el mismo día.

30. Esta resolución ha sido objeto de deliberación y fallo por el Consejo en su sesión de 10 de noviembre de 2016.
31. Son partes interesadas en el procedimiento las que se relacionan a continuación.

II. LAS PARTES

1. LOOMIS SPAIN, S.A.

LOOMIS es una empresa de seguridad privada dedicada en exclusiva a la prestación de servicios de transporte y manipulación de fondos. Hasta el año 2006, LOOMIS operaba bajo el nombre SECURITAS TRATAMIENTO INTEGRAL DE VALORES¹⁰.

¹⁰ SECURITAS TRATAMIENTO INTEGRAL DE VALORES era la empresa de transporte de fondos del GRUPO SECURITAS.

Su matriz es LOOMIS HOLDER SPAIN, S.L., que está participada al 100% por la sociedad LOOMIS AB, empresa sueca que provee los citados servicios en diversos países europeos y en EEUU.

Según la información disponible en el expediente de referencia (folios 14567 a 14569), los servicios prestados por LOOMIS se agrupan en dos líneas de negocio principales: una enfocada al transporte de fondos y otra al tratamiento que requiere el efectivo y los valores, esto es, la manipulación de fondos.

A los efectos de poder aplicar la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC, se ha ampliado la incoación a D. Juan Miguel Mata Montejo, Director General Comercial y apoderado de LOOMIS.

2. PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A.

PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A., es una empresa de dimensión multinacional que, a través de sus distintas filiales (que conforman el GRUPO PROSEGUR), presta actividades propias de las compañías de seguridad privada.

En el año 2011, PROSEGUR realizó una reestructuración societaria por la que absorbió una serie de sociedades filiales que tenían por objeto la prestación de servicios de seguridad privada¹¹.

En el año 2013, se produjo una nueva reestructuración en el GRUPO PROSEGUR por la que toda la rama de actividad de seguridad privada en España quedaba unificada en PROSEGUR ESPAÑA, S.L., empresa incoada en el expediente de referencia¹².

A los efectos de poder aplicar la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC, se ha ampliado la incoación a D. José Luis Illana García, Director de Logística de Valores y Gestión de Efectivo en España y apoderado de citada empresa.

3. PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L.

PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L. es la nueva denominación social de PROSEGUR ESPAÑA, S.L., siendo una sociedad filial al 100% de PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A.¹³.

Hasta el 1 de julio de 2015, esta sociedad operaba en el sector de los servicios de seguridad y, en particular, en la prestación de Servicios de Alarmas, Soluciones Integrales de Seguridad y Logística de Valores y Gestión de Efectivos (LVGE).

¹¹ Ver en este sentido, http://www.boe.es/diario_borme/txt.php?id=BORME-C-2011-19687

¹² Según la información obrante en el expediente (folio 542), la matriz del GRUPO PROSEGUR, actualmente carece de participación directa en el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España, sin perjuicio de su participación directa en el mismo hasta 2013.

¹³ Según consta en Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) número 146, de 4 de agosto de 2015 (BORME-A-2015-146-28).

<https://www.boe.es/borme/dias/2015/08/04/pdfs/BORME-A-2015-146-28.pdf>

A partir del 30 de junio de 2015, GRUPO PROSEGUR procedió a la separación de estas tres líneas de negocio desarrolladas hasta la fecha por PROSEGUR ESPAÑA, S.L. Para ello, crearon dos nuevas sociedades filiales al 100% de PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A.¹⁴:

- PROSEGUR ALARMAS ESPAÑA, S.L., a la que se ha traspasado en bloque, por sucesión universal, la parte del patrimonio de la sociedad escindida dedicada a la actividad empresarial del negocio de alarmas.
- PROSEGUR SOLUCIONES INTEGRALES DE SEGURIDAD ESPAÑA, S.L., a la que se ha traspasado en bloque, por sucesión universal, la parte del patrimonio de la sociedad escindida dedicada a la actividad empresarial de los negocios de vigilancia y tecnología.

La parte subsistente de PROSEGUR ESPAÑA, S.L., bajo la nueva denominación social de PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L., ha continuado prestando los servicios de transporte y manipulación de fondos (o de LVGE, según la terminología empleada por GRUPO PROSEGUR).

A los efectos de poder aplicar la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC, se ha ampliado la incoación a D. José Luis Illana García, Director de Logística de Valores y Gestión de Efectivo en España, apoderado y actual Consejero de la citada empresa.

III. EL MERCADO AFECTADO

III.1. Mercado de Producto

Los servicios de transporte y manipulación de fondos se enmarcan en el sector de la seguridad privada que, a su vez, está sometido a una fuerte regulación derivada de la Ley 5/2004, de 4 de abril, de Seguridad Privada¹⁵.

Las autoridades de competencia¹⁶ han analizado en diversas ocasiones el sector de seguridad privada distinguiendo las siguientes ramas de actividad:

¹⁴ Según se expone en el anuncio de escisión de empresas, publicado en la Sección Segunda del BORME número 93, de 20 de mayo de 2015 (BORME-C-2015-4773).

¹⁵ Esta ley derogó la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada (Ley 23/1992) aunque mantuvo la vigencia, en lo que no la contraviniera, tanto del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre (RSP), como del resto de la normativa de desarrollo de la Ley 23/1992 y del propio Reglamento.

¹⁶ Como precedentes nacionales destacan el Informe del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en el expediente C-57/00 PROSEGUR/BLINDADOS DEL NORTE y los expedientes del extinto Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) N-05005 PROSEGUR/ESC y N-5025 PROSEGUR/NORDES, expediente de concentración C/416/11 LOOMIS/EFFECTIVOX; Casos comunitarios M.3396 GROUP 4 FALCK / SECURICOR y M.5993 SECURITAS/RELIANCE SECURITY SERVICES/RELIANCE SECURITY SERVICES SCOTLAND; y expedientes sancionadores S/0197/09 CONVENIO SEGURIDAD y S/0398/12 LOOMIS-PROSEGUR.

- Servicios de vigilancia, consistentes en la protección de personas, bienes y/o establecimientos por medio de vigilantes habilitados.
- Servicio de transporte y manipulación de objetos y materiales que por sus características precisen una vigilancia y protección especial, entre los que se encuentran el depósito y clasificación de monedas, billetes, títulos valores joyas, metales preciosos, antigüedades, obras de arte, etc.
- Servicios de alarma y sistemas de seguridad, tanto electrónicos como físicos, así como la explotación de centrales de alarma y su comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y la prestación de servicios de respuesta diferentes a los suministrados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Esos mismos precedentes de las autoridades de competencia han determinado que cada una de las tres actividades descritas debe ser considerada como un mercado de producto diferenciado, dada su insustituibilidad desde el punto de vista de la demanda.

Asimismo, desde el punto de vista de la oferta, si bien las empresas de seguridad son las que pueden realizar con carácter exclusivo los tres tipos de actividades descritos anteriormente, no hay una sustituibilidad inmediata entre las empresas dedicadas a algunas de las tres áreas de actividad que integran los servicios de seguridad privada señalados.

De hecho, debido a la exhaustiva regulación en materia de seguridad privada y a los requisitos exigidos por ésta en materia de procedimientos e inputs productivos, sería muy costoso para una empresa prestadora exclusivamente de servicios de vigilancia, por ejemplo, pasar a ofrecer también servicios de transporte y manipulación de fondos. La puesta en marcha de los citados servicios requeriría de cuantiosas inversiones destinadas a la adquisición de vehículos blindados y al establecimiento de centros de procesado y custodia de fondos y valores, homologados de conformidad a la normativa vigente.

A la luz de todo lo anterior y teniendo en cuenta que el objeto del presente expediente es la existencia de posibles prácticas concertadas entre LOOMIS y PROSEGUR relacionadas con el transporte y manipulación de fondos, en el presente expediente se ha analizado por la Dirección de Competencia el mercado de servicios de transporte y manipulación de objetos y mercancías que requieren una vigilancia especial y, en particular, de fondos (papel moneda y moneda metálica) y mercancías valiosas.

En este sentido, como ha señalado la Dirección de Competencia, las autoridades de competencia, en sus precedentes, no han mostrado una delimitación clara de la prestación de estos servicios para fondos o mercancías valiosas (monedas, billetes o joyas) y peligrosas (explosivos). Sin embargo, esta Sala, en consonancia con la Dirección de Competencia, entiende que, a efectos del presente expediente, los servicios de transporte y manipulación de explosivos y

mercancías peligrosas forman parte de un mercado separado del mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos.

La diferente naturaleza de los productos objeto de tratamiento en estos dos tipos de servicios hace que se trate de mercados completamente diferenciados y difícilmente sustitutivos entre sí, tanto desde el punto de vista de los demandantes de los servicios como de los ofertantes, cuya prestación de los dos tipos de servicios estaría sometida a exigencias normativas muy diferentes.

Centrándonos ya en el mercado de transporte y manipulación de fondos, cabe señalar que el principal bien transportado y posteriormente manipulado es el efectivo, entendido como el papel moneda y la moneda metálica, nacionales o extranjeros, como medio de pago esencial en las transacciones económicas que tienen por objeto la comercialización de bienes de consumo, a pesar de la consolidación de sistemas alternativos al pago en efectivo¹⁷.

La normativa vigente en materia de transporte y manipulación de fondos exige que las entidades que presten estos servicios sean empresas de seguridad privada autorizadas, sin que las entidades con necesidades de desplazamiento de fondos puedan recurrir a otras alternativas.

En particular, el artículo 1.1 de la Orden INT/317/2011, de 18 de febrero, sobre medidas de seguridad privada establece que *“los establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios efectuarán el transporte de monedas, billetes, títulos-valores y objetos preciosos, cuando su valor exceda de las cantidades establecidas en la normativa sobre empresas de seguridad privada, a través de empresas de seguridad autorizadas para tal actividad”*.

A pesar de que exista una clara diferenciación entre las dos líneas de negocio que integran el mercado definido (transporte, por un lado, y manipulación por otro), que se refleja en los medios y procesos requeridos para su prestación, la Dirección de Competencia no ha considerado necesario, a los efectos del presente expediente, pronunciarse sobre si es pertinente o no definir mercados separados de producto en relación con los diferentes servicios que conforman el mercado de transporte y manipulación de fondos¹⁸, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis. Esta Sala se muestra nuevamente conforme con tal consideración.

En este sentido, desde el punto de vista de la oferta, todas las empresas de presentes en este ámbito desarrollan y ofertan simultáneamente todos los

¹⁷ Según el informe del Centro del Sector Financiero de PwC e IE Business School *“Los medios de pago, un paisaje en movimiento”*, de junio de 2015, en el caso de España, el efectivo es el medio de pago empleado en el 84% del total de las transacciones, por razones económicas (influencia de la economía sumergida) y de comodidad de usos (amplia red de cajeros automáticos).

¹⁸ Además de estos servicios principales de transporte y manipulación, también hay otros servicios relacionados con esta actividad y que prestan las empresas de transporte de fondos, tales como la gestión integral de cajeros automáticos o de ATM (asistencia técnica y mantenimiento de cajeros), transporte aeroportuario internacional de fondos o servicios de automatización y gestión de efectivo.

servicios. Es más, determinados servicios que forman parte de la oferta comercial de este tipo de empresas implican la puesta en marcha de acciones que engloban tanto el transporte como la manipulación, como es el caso, entre otros, de los servicios a cajeros automáticos o de los servicios de transporte aéreo internacional de mercancías valiosas.

Además, desde el punto de vista de la demanda, según la información obrante en el expediente de referencia, si bien es posible la contratación de servicios de transporte de fondos de forma totalmente independiente de los de manipulación, se trata de una práctica poco habitual que sólo unos pocos clientes la solicitan esporádicamente¹⁹.

PROSEGUR y LOOMIS emplean una terminología diferente para referirse a los servicios de transporte y manipulación de fondos que prestan.

En el caso de PROSEGUR, con carácter general se habla de logística de valores (en relación con los servicios de transporte de fondos)²⁰ y gestión de efectivo (respecto de los servicios de manipulación de fondos)²¹, utilizándose a nivel corporativo las siglas LVGE (logística de valores y gestión de efectivo) para referirse a esta línea de actividad.

En el caso de LOOMIS, generalmente se emplean los términos transporte de fondos (TF) y gestión de efectivo (GE)²².

Ahora bien, independientemente de las distinciones que PROSEGUR y LOOMIS puedan hacer en cuanto a terminología, esta Sala, al igual que la Dirección de Competencia, considera que no procede definir a efectos del presente expediente mercados de producto según el tipo de actividad, por lo que todos estos servicios se considerarán agrupados en el mismo mercado de producto relevante de transporte y manipulación de fondos.

III.2. Mercado geográfico

Los precedentes nacionales²³ en la materia señalaban que si bien el mercado de transporte y manipulado de fondos presentaba muchas de las características de

¹⁹ Según la información obrante en el expediente de referencia (folio 14580), la contratación independiente de servicios de manipulado se da cuando el cliente transporta directamente los fondos a las instalaciones de la empresa de seguridad privada.

La contratación únicamente de servicios de transporte de fondos suele producirse cuando el manipulado del efectivo transportado lo asume otra entidad diferente. Es el caso de aquellos clientes de entidades financieras a los que estas entidades les ofrecen correr con los gastos de manipulado de los fondos depositados en sus cuentas bancarias.

²⁰ Según PROSEGUR, los términos transporte, distribución y logística de valores hacen referencia al mismo concepto (folio 11434).

²¹ También se emplea por esta empresa de seguridad privada el término “tratamiento de la remesa” (folio 11435).

²² Folio 14569.

²³ En particular C-57/00 PROSEGUR/BLINDADOS DEL NORTE y C/0416/11 LOOMIS / EFECTIVOX.

un mercado nacional, resultaba conveniente un análisis a nivel local (concretamente autonómico y provincial).

No obstante, la Dirección de Competencia considera, al igual que esta Sala, que el mercado analizado ha consolidado su dimensión nacional, como consecuencia de las alteraciones experimentadas en la estructura y la demanda de estos servicios.

A la fecha actual sólo coexisten dos empresas de seguridad privada con estructura a nivel nacional, ya que el resto de operadores que venían prestando servicios a nivel supra-regional han desaparecido, bien por haber sido adquiridos por otro competidor²⁴ o bien por haber cesado en su actividad²⁵.

Asimismo, la práctica habitual entre los operadores del mercado analizado de subcontratar servicios en aquellos territorios donde no disponen de la infraestructura necesaria para ello, hace efectiva una oferta de servicios a nivel nacional.

Por otro lado, los principales demandantes de servicios de transporte y manipulación de fondos, según la tendencia observada actualmente, requieren una cobertura de servicios a nivel nacional.

En base a estas circunstancias, se considera que, a efectos del presente expediente, el mercado de transporte y manipulación de fondos tiene una dimensión nacional, sin perjuicio de que se tenga en cuenta las particularidades de las regiones insulares de Baleares y Canarias, en las que existen operadores de dimensión regional y donde LOOMIS no tiene presencia directa.

III.3. Estructura del Mercado

a) Estructura de la oferta

De conformidad con los precedentes nacionales en la materia y con la información obrante en el expediente de referencia, la oferta del mercado español de transporte y manipulación de fondos se encuentra concentrada en muy pocos operadores, esencialmente en cuatro.

De estas cuatro empresas, solamente PROSEGUR y LOOMIS tienen capacidad para prestar servicios en la integridad del territorio peninsular nacional²⁶ (y, al menos en el caso de PROSEGUR, infraestructura para prestar servicios en ambos archipiélagos y en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla), mientras

²⁴ Es el caso de EFECTIVOX, S.A., cuya adquisición por LOOMIS fue autorizada por Resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia – CNC –, de 22 de febrero de 2012, en el expediente C/0416/11 LOOMIS/EFECTIVOX.

²⁵ ESABE VIGILANCIA, S.A. (ESABE), que dejó de operar en el año 2012 tras declararse en concurso de acreedores.

²⁶ Fuera del ámbito peninsular, LOOMIS sólo puede prestar servicios con medios propios en la Ciudad Autónoma de Ceuta.

que la capacidad de los otros dos operadores para prestar servicios de transporte y manipulación de fondos, esto es, SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA, S.A. (SIC) y TRANSPORTES BLINDADOS, S.A., se circunscribe, de facto, a los territorios donde se encuentran radicados, es decir, Canarias y Baleares, respectivamente.

De acuerdo con los datos más recientes del mercado a los que la CNMC ha tenido acceso, LOOMIS y PROSEGUR acaparan más del 90% del mercado español de transporte y manipulación de fondos, siendo además los únicos operadores con la infraestructura necesaria para prestar servicios en territorio peninsular²⁷:

MERCADO DE SERVICIOS DE TRANSPORTE Y MANIPULACIÓN DE FONDOS EN ESPAÑA (AÑO 2014)		
Operadores	Volumen de ingresos (millones euros)	Porcentaje
PROSEGUR	[CONFI]	[45-55%]
LOOMIS	[CONFI]	[40-50%]
SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA, S.A. (SIC)	[CONFI]	[1-2%]
TRANSPORTES BLINDADOS, S.A. (TRABLISA)	[CONFI]	[0-1%]
GARDA SERVICIOS DE SEGURIDAD, S.A. (GARDA) ²⁸	[CONFI]	[0-1%]
Total	288,58	100%

Fuente: CNMC (Expediente C/0708/15)

²⁷ La Dirección de Competencia ha tenido conocimiento de la existencia de otro operador prestador de servicios de transporte y manipulación de fondos, DIRU BILKETA SEGURIDAD, S.A., (DBS) con un ámbito de actuación muy reducido, que se circunscribiría al territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

²⁸ No hay constancia de que GARDA sea un operador relevante en el mercado objeto de investigación en el marco del presente expediente, capaz de ejercer presiones competitivas relevantes, con carácter efectivo, sobre el resto de competidores, particularmente PROSEGUR y LOOMIS.

Según la información disponible en la página web de GARDA, esta empresa se encuentra autorizada por la Dirección General de la Policía para la prestación de servicios de transporte y distribución de objetos valiosos o peligrosos, en el ámbito de actuación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

<http://www.gardaseguridad.com/servicios.html>

b) Estructura de la demanda

La demanda del mercado de transporte y manipulación de fondos en España proviene principalmente de las entidades financieras y de las grandes empresas de distribución comercial minorista²⁹.

Concretamente, las entidades financieras de ámbito nacional o multi-regional son los principales demandantes por volumen de facturación de los citados servicios³⁰.

El proceso de reestructuración experimentado en el sistema bancario español, en forma de fusiones de muchas de las entidades financieras operativas en ámbito nacional, así como de adquisiciones de entidades financieras de menor entidad por grupos de mayor envergadura e implantación en la geografía nacional, ha consolidado la dimensión nacional del mercado de servicios de banca minorista.

Como consecuencia inmediata de este hecho, las necesidades de servicios de transporte y manipulación de fondos de la red comercial de oficinas, cajeros automáticos y, en algunos casos, clientes, de estas entidades requieren actualmente una cobertura de alcance nacional.

Asimismo, estas entidades, en su condición de agentes facilitadores en el ciclo del efectivo, juegan un doble papel en el mercado de transporte y manipulación de fondos, de forma que, además de clientes de las empresas de transporte de fondos, pueden actuar como intermediarios entre estas y aquellos operadores con necesidades de efectivo que son a la vez clientes de la entidad financiera y de la empresa de transporte de fondos.

En los precedentes nacionales anteriormente citados, se afirmaba que entre las entidades financieras era una tendencia generalizada la preferencia a contratar los servicios de transporte y manipulación de fondos con un único operador, evitando de este modo tener sus depósitos en varias compañías.

No obstante, de las informaciones recabadas por la Dirección de Competencia entre las principales entidades financieras que operan en España, se extrae la conclusión contraria, ya que la mayoría de estos operadores vienen contratando

²⁹ Folios 11450 y 14579.

³⁰ En el caso de PROSEGUR, de los 10 principales clientes, por volumen de facturación de servicios de transporte y manipulación de fondos en España en el año 2014, 8 son entidades financieras (folio 11450), siendo los dos restantes cadenas de distribución comercial minorista (concretamente, supermercados).

Con respecto a LOOMIS, 6 de los 10 principales clientes por volumen de facturación de servicios de transporte y manipulación de fondos en España en el año 2014, son entidades financieras. Los restantes son cadenas de distribución comercial minorista (cadenas de supermercados, grandes almacenes y estaciones de servicio de carburantes – folio 14579-).

la prestación de los citados servicios con varios operadores, en lugar de confiar su gestión a un único operador³¹.

A tales efectos, y de conformidad con la información recabada en el marco del presente expediente, estas entidades suelen solicitar la prestación de los servicios de transporte y manipulación de fondos mediante procedimientos sistematizados similares a las licitaciones organizadas por las administraciones públicas³², en los que los servicios a contratar son ofertados en lotes, normalmente de carácter geográfico, con lo que se permite dotar de un cierto grado de competencia a un mercado fuertemente concentrado.

Otros demandantes de los servicios de transporte y manipulación de fondos son las grandes empresas de distribución minorista que operan a escala nacional, con delegaciones en la práctica totalidad de la geografía española.

Dentro de esta categoría de clientes se incluyen cadenas grandes almacenes y tiendas, hipermercados, supermercados, distribución y logística y distribución alimentaria y de bebidas (folio 11450) y también estaciones de servicio de carburantes (folio 14579).

Al igual que las entidades financieras, estas compañías, con puntos de venta distribuidos por toda la geografía nacional, requieren una cobertura de servicios a nivel nacional, con independencia de la estrategia de contratación seguida (con un único o varios proveedores)³³.

Además de estos dos grupos (entidades financieras y establecimientos comerciales), también requieren la prestación de los servicios de transporte y manipulación de fondos otras tipologías de clientes.

Entre estos otros clientes deben citarse, ya que suponen un volumen de ingresos muy relevantes para las empresas de seguridad, los gestores de concesiones públicas o los organismos de titularidad pública con necesidades de desplazamiento de efectivo y títulos-valor (por ejemplo, entidades dedicadas a los transportes públicos, ya sean entidades gestoras de infraestructuras o del transporte en sí, aeropuertos y transporte aéreo, autopistas, ITVs, servicio postal, universidades y centros de enseñanza públicos, etc.), empresas de servicios (como turismo y hoteles, ocio y entretenimiento, restauración, etc.) y diferentes industrias, empresas de telecomunicaciones y medios de comunicación.

³¹ Sólo en dos casos (LIBERBANK y UNICAJA), de un total de 11 operadores requeridos, han contratado sus servicios de transporte y manipulación de fondos con una única empresa de seguridad privada.

³² Por ejemplo, CAIXABANK (folio 3567), BANCO SABADELL (folios 14685 a 14686), BANCO SANTANDER (folio 1040), BBVA (folio 1650), BANCO POPULAR (folio 2642), BANKIA (folio 3022 a 3023) y LIBERBANK (folios 1275 a 1276 y folio 1463).

³³ En el caso de las compañías de distribución comercial minorista consultadas por la Dirección de Competencia en el marco del expediente de referencia, la preferencia a contratar con una o varias empresas la prestación de los servicios de transporte y manipulación de fondos es dispar.

IV. HECHOS PROBADOS

Como ya se ha señalado anteriormente, el mercado de transporte y manipulación de fondos es un mercado altamente concentrado en el que sólo dos operadores, LOOMIS y PROSEGUR, cuentan con capacidad para la prestación de servicios a nivel nacional peninsular.

En el resto del mercado nacional, la presencia de operadores que puedan suponer una presión competitiva significativa a las partes es muy residual en la península y sólo en Canarias y Baleares se encuentran competidores (SIC y TRABLISA, respectivamente) alternativos a PROSEGUR, ya que LOOMIS carece de presencia directa en los archipiélagos.

Los principales clientes de PROSEGUR y LOOMIS, según el volumen de facturación generado en España por la contratación de servicios de transporte y manipulación de fondos, son, en primer lugar, las entidades financieras y, en segundo, grandes empresas de distribución comercial minorista. Véase al respecto las tablas elaboradas por la Dirección de Competencia en su propuesta de Resolución en la que identifica los principales clientes de PROSEGUR y LOOMIS en el año 2014 (folios 20277 a 20279).

De esos 14 operadores que LOOMIS y PROSEGUR han identificado como sus principales clientes (folios 11450 y 14579), la Dirección de Competencia ha analizado las relaciones comerciales que 10 de ellos han mantenido con ambas empresas de transporte de fondos.

Adicionalmente, la Dirección de Competencia ha recabado información de otros operadores que mantienen contratos vigentes con LOOMIS y/o PROSEGUR y que necesitan para la realización de sus actividades, contratar inexorablemente con las empresas de transporte y manipulación de fondos.

Esta Sala, en aras a simplificar la estructura de los hechos, ha considerado dividir los mismos en tres grandes bloques: i) contratación con entidades de titularidad pública; ii) contratación con entidades financieras; iii) contratación con empresas de comercio minorista, en cuyo apartado se incluyen aquellas empresas cuyos servicios suelen ser subcontratados entre las partes.

A continuación, y dada la cantidad de hechos acreditados puestos de manifiesto por la Dirección de Competencia en su propuesta de resolución, esta Sala considera adecuado traer a la presente resolución únicamente los hechos más relevadores que han servido a la Dirección de Competencia para acreditar las conductas imputadas a las partes, sin que ello reste valor probatorio al resto de hechos acreditados, que pueden ser consultados en las páginas 17 a 96 (folios 20272 a 20351) de la propuesta de resolución.

1. CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE Y MANIPULACIÓN DE FONDOS POR PARTE DE ENTIDADES DE TITULARIDAD PÚBLICA

La Dirección de Competencia ha analizado las relaciones contractuales de las empresas de transporte de fondos con las siguientes entidades: METRO MADRID, TRANSPORTS METROPOLITANS DE BARCELONA, RENFE OPERADORA, GRUPO CORREOS, AENA y EUSKOTREN.

1.1. METRO DE MADRID

Según la información aportada por la propia entidad durante la instrucción del presente expediente, METRO DE MADRID licita habitualmente sus servicios de transporte y manipulación de fondos por lotes, siguiendo como principal criterio la proximidad geográfica entre estaciones, incluyéndose en cada lote todos los servicios objeto del contrato (folios 9249 a 9250).

En el periodo comprendido entre los años 2008 y 2015, METRO DE MADRID ha organizado cuatro procedimientos con objeto de contratar los servicios de transporte y manipulación de fondos requeridos por su red de transporte colectivo de pasajeros³⁴.

a) Licitación nº 6010800230 correspondiente al año 2008

El primero de ellos tuvo lugar en el año 2008 bajo la referencia de expediente de licitación nº 6010800230. La prestación de los servicios de transporte y manipulación de fondos se dividió en 6 lotes.

Con fecha 30 de octubre de 2008, la entidad adjudicó a LOOMIS los lotes 2, 3 y 4, y a PROSEGUR los lotes 5 y 6. Posteriormente, con fecha 3 de noviembre de 2008, fue adjudicado el lote 1 a la empresa BLINDADOS GRUPO NORTE, S.A (adquirida posteriormente por LOOMIS)³⁵.

b) Licitación nº 6011200195 correspondiente al año 2013

El segundo proceso de licitación comenzó en el año 2013, cuando METRO DE MADRID convocó, el 9 de enero de 2013, el expediente de licitación nº 6011200195³⁶, por el procedimiento abierto, cuyo objeto fue dividido en 6 lotes, estableciéndose como fecha límite para la presentación de oferta el 14 de febrero de 2013.

³⁴ La síntesis de estos expedientes de licitación se contiene en una tabla elaborada por METRO DE MADRID (folio 9255).

³⁵ Según la información obrante en el expediente de referencia, las tres empresas de seguridad privada presentaron oferta para cada uno de los 6 lotes (folio 9255).

³⁶ <https://www.boe.es/boe/dias/2013/01/09/pdfs/BOE-B-2013-688.pdf>

A pesar de que la citada licitación quedó desierta por no presentar oferta ninguna empresa, el correo electrónico entre empleados de LOOMIS, de 4 de febrero de 2013, bajo el asunto “*Concurso Metro*” pone de manifiesto que LOOMIS y PROSEGUR mantuvieron contactos para decidir los lotes que en principio debían ser ofertados por cada una de ellas (folios 15995 a 15996).

En el citado correo, el Sr. XXX (Gerente de operaciones de gestión de efectivo de la zona de Madrid, empleado de LOOMIS) comunica al Sr. XXX (Director Nacional de transporte de fondos de LOOMIS) lo siguiente:

“[...] En cuanto al concurso de Metro.

*Te remito la tabla que te envié el otro día a la que he estado incorporando una 3ª pestaña que llamo Decisiones licitación en la que **sale claramente los lotes que debemos dejar que se lleve Prosegur, ofertando para ellos el precio máximo [...]**”* (la negrita es nuestra).

De forma correlativa, en la pestaña 3ª del documento Excel adjunto al correo electrónico y bajo la denominación “*Decisiones licitación*”, se contiene una tabla en la que, expresamente, se señala los lotes del concurso que debían corresponder a cada una de las empresas de seguridad privada concurrentes (LOOMIS y PROSEGUR).

Concretamente, se asignaban a LOOMIS 4 lotes (lotes 1, 2, 4 y 6), mientras que PROSEGUR debería ofertar a los otros 2 lotes (3 y 5). Con esta asignación ambas compañías preservaban el mismo número de lotes que les habían sido adjudicados en la licitación anterior del año 2008³⁷.

Asimismo, el contenido de este correo se contiene en el documento en papel recabado en la sede de LOOMIS y que lleva por título “*Licitación METRO MADRID 6011200195*”³⁸ (folios 16045 a 16047).

Finalmente, ninguna de las empresas presentó oferta y el procedimiento fue declarado desierto. A tales efectos, METRO DE MADRID inició un procedimiento negociado en el que se alteraron las condiciones de la licitación convocada en el año 2013, lo que se tradujo en un aumento de los precios consolidado.

Tras la adopción de estas medidas correctoras por parte de METRO DE MADRID, el procedimiento de contratación concluyó el 25 de abril de 2013, suscribiéndose los correspondientes contratos el 31 de mayo de 2013 (folio 9256).

³⁷ BLINDADOS GRUPO NORTE-EFECTIVOX fue adquirida por LOOMIS en el año 2012, por lo que el lote 1 ya estaba siendo operado por LOOMIS.

³⁸ Correspondiente a los folios de inspección 153 a 155 (documentos de licitación de los armarios del despacho del Sr. XXX).

c) Licitación nº 6011400017 correspondiente al año 2014

En el año 2014, METRO DE MADRID vuelve a licitar los servicios de transporte y manipulación de fondos de su red, bajo la referencia de expediente de licitación nº 6011400017, cuyo anuncio de convocatoria fue publicada en el BOE de 10 de febrero de 2014³⁹.

El objeto de la licitación referida, organizada de nuevo según el procedimiento abierto, se dividía en 5 lotes, estableciéndose la obligación de presentar oferta para al menos cuatro de los cinco lotes (no existiendo limitaciones en cuanto a la adjudicación).

Según el anuncio de la convocatoria, se establecía como fecha límite de recepción de ofertas el 25 de febrero de 2014. Finalmente ninguna de las empresas presentó oferta⁴⁰.

Al igual que sucedió en la licitación del año 2013 declarada desierta, varios correos electrónicos recabados durante las inspecciones domiciliarias desarrolladas por la Dirección de Competencia evidencian que PROSEGUR y LOOMIS mantuvieron conversaciones con carácter previo a la fecha máxima establecida en la convocatoria de la licitación para la presentación de ofertas, a pesar de que finalmente ninguna de ellas optó por licitar.

El 12 de febrero de 2014 y bajo el asunto “Rm: Metro”, el Sr. XXX (Gerente comercial de LOOMIS de la zona de Madrid) facilita al Sr. Juan Mata (Director General Comercial de LOOMIS en España) la siguiente información en relación al pliego del citado concurso, que evidencia la intención de PROSEGUR y LOOMIS de licitar a los mismos servicios que venían prestando previamente (folio 16015):

“[...] el metro en los lotes nos ha liado un poco, ayer lo estuvimos Moises y yo revisando y te cuento del Lote 4 que es todo nuestro nos dan 4 Estaciones de Prose y del Lote 5 que es todo de Prosegur le dan 7 estaciones que son nuestras.

Te paso el cuadro resumen para comentar”.

La pestaña tercera del documento Excel (folio 16016) que acompaña al correo electrónico parcialmente reproducido (“Resumen”), contiene una tabla en la que se calcula la potencial pérdida económica que conllevaría para LOOMIS la reestructuración de las estaciones de los lotes 4 y 5 realizada por METRO DE MADRID en el procedimiento de licitación convocado, con base en las tarifas de LOOMIS vigentes en ese momento.

El contenido de esta tabla, así como el del correo electrónico que la incorpora, se reproduce en el documento en papel recabado en la inspección desarrollada en la sede de sede de LOOMIS “Licitación METRO MADRID 6011400017” (folios

³⁹ <http://www.boe.es/boe/dias/2014/02/10/pdfs/BOE-B-2014-4668.pdf>

⁴⁰ Folios 9255 y 9252.

16042 a 16044), en el que, además, se contiene la página 2 del Pliego de Condiciones Particulares del citado concurso (dotación económica de cada uno de los cinco lotes licitados), señalándose, mediante anotación manuscrita, la dotación económica anual de los cuatro primeros lotes que, en principio y a la luz de lo ocurrido en los años 2008 y 2013, iban a ser asignados a LOOMIS (folio 16042).

Como ya se ha expuesto anteriormente, ni PROSEGUR ni LOOMIS presentaron oferta alguna dentro del plazo establecido por METRO DE MADRID para ello.

Así, en un correo de 11 de marzo de 2014, el Sr. XXX traslada a otros directivos de PROSEGUR la solicitud de METRO DE MADRID a PROSEGUR de una nueva oferta, que debía estar ajustada a las condiciones estipuladas en el pliego, es decir, precio único por cada uno de los módulos establecidos, respetar el límite económico de cada lote y presentarse a un mínimo de 4 lotes (folio 18048).

d) Licitación número 6011400055 correspondiente al año 2014

Pese a este intento de negociar por parte de METRO MADRID, PROSEGUR no modificó los precios inicialmente ofertados a METRO DE MADRID y, a la luz de los datos en el expediente, METRO DE MADRID optó por publicar, el 4 de abril de 2014, una nueva licitación (expediente de licitación nº 6011400055)⁴¹, por procedimiento abierto y por los mismos lotes e importes de la licitación precedente, siendo también obligatorio la presentación de ofertas para al menos 4 de los 5 lotes.

La principal diferencia con respecto al procedimiento de contratación inmediatamente anterior fue el diseño por parte de la entidad licitadora de un procedimiento de adjudicación por subasta electrónica⁴² dirigido, en palabras de la propia entidad, a provocar la competencia entre PROSEGUR y LOOMIS (folio 9253).

Este nuevo intento desarrollado por METRO DE MADRID para licitar los citados servicios también fracasó, ya que ni LOOMIS ni PROSEGUR accedieron al proceso de subasta electrónica, por lo que, tal y como ha manifestado METRO DE MADRID **“El resultado es que se mantiene nuevamente la distribución de la red de Metro entre Loomis y Prosegur”** (la negrita es nuestra) (folio 9253)⁴³.

Esto supone un ejemplo de boicot hacia metro Madrid que se ve obligada a mantener los servicios.

⁴¹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-B-2014-12161

⁴² Esta subasta se prevé en el Pliego de Condiciones Particulares regulador de la citada licitación (folios 9356 a 9414), concretamente en la cláusula 11.1.1. b (folios 9381 a 9382).

Asimismo, en la cláusula 11.1.1. a del Pliego METRO DE MADRID se atribuía la facultad de realizar peticiones sucesivas de nuevos precios (folio 9381).

⁴³ La adjudicación del expediente nº 6011400055 tuvo lugar el 29 de mayo de 2014, correspondiendo a LOOMIS los lotes 1, 2, 3 y 4 y a PROSEGUR el lote 5 (folio 9255).

e) Tabla resumen de todas las licitaciones analizadas

Una vez descritos los procedimientos de licitación organizados por METRO DE MADRID en el periodo 2008-2015, se exponen en la siguiente tabla, en términos absolutos y porcentuales, los importes adjudicados de manera efectiva a PROSEGUR y LOOMIS en estos procedimientos:

DISTRIBUCIÓN IMPORTES DE ADJUDICACIÓN EN LOS EXPEDIENTES DE LICITACIÓN ORGANIZADOS POR METRO DE MADRID EN EL PERIODO 2008-2015 PARA LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE Y MANIPULACIÓN DE FONDOS						
Expediente de licitación	Importe de Adjudicación Total (millones €)			Porcentaje Importe de Adjudicación Total		
	LOOMIS	PROSEGUR	TOTAL	LOOMIS	PROSEGUR	TOTAL
6010800230	5.466.945 ⁴⁴	1.645.620	7.112.565	77%	23%	100%
Procedimiento negociado 25/04/2013	1.734.954,73	447.152,67	2.182.107,4	79,5%	20,5%	100%
6011400055	3.758.450,82	657.550,40	4.416.001,22	85%	15%	100%

Fuente: Elaboración propia con datos del expediente (folio 9255)

De acuerdo con los datos expuestos, se puede observar que, en líneas generales, se ha mantenido la distribución de cuota en lo referente a volumen facturado, derivado de la prestación de servicios de transporte y manipulación de fondos a METRO DE MADRID entre PROSEGUR y LOOMIS desde el año 2008 y que, si bien se trató de racionalizar por parte de la entidad la prestación y el coste de estos servicios (reduciendo de 6 a 5 lotes los dos últimos procesos de licitación), ello no se ha transformado en una mejora de las ofertas.

Tal y como METRO DE MADRID pone de manifiesto “De la documentación que les aportamos, resultan los siguientes hechos:

“- No presentación de ofertas a la licitación del 2013 de ninguna de las dos empresas.

Subida de los precios unitarios de prestación del servicio.

- Se descarta por parte de las empresas asumir el servicio en la totalidad de la red de Metro.” (folio 9252). (la negrita es nuestra).

⁴⁴ Se incluyen el importe de los servicios del lote 1, adjudicados a BLINDADOS GRUPO NORTE, pues pasaron a ser prestados por LOOMIS tras la adquisición de la citada empresa.

1.2. TMB

TMB también ha organizado en el periodo 2008-2015 la contratación de los servicios de transporte y manipulación de fondos de su red de transporte público mediante expedientes de licitación cuyo objeto se divide en lotes o unidades de contratación (folio 2874)⁴⁵.

a) Licitación número 49/2008 correspondiente al año 2008

TMB organizó en el año 2008, mediante procedimiento negociado, el expediente de licitación 49/2008, con objeto de contratar los servicios de transporte y manipulación de fondos para el periodo comprendido entre septiembre del año 2008 y diciembre del año 2010. El objeto de la licitación se dividió en 5 lotes o unidades de contratación.

TMB invitó a participar a PROSEGUR y LOOMIS, adjudicándose el 10 de junio de 2008 el lote 1 a PROSEGUR y los lotes 2, 3, 4 y 5 a LOOMIS (folio 2912).

PROSEGUR, en un correo electrónico que el Sr. XXX, responsable de operación y comercial de la Zona Este, remite a diversos empleados y directivos de la empresa (entre ellos, el Sr. José Luis Illana, Director de LVGE en España), señala que (folio 16099):

*“A este mail cabe añadir otro gran ejemplo que se produjo en septiembre de 2008. El cliente metro de bcn era exclusivo de prosegur. Dado que manifestaron que querían dos empresas, **coordinamos la operación para que perdiésemos nosotros el 20% dando entrada a loomis**; el importe era de más de [...] euros; el cliente tiene lo que quería: las dos mejores trabajan para el y por tres años prorrogables otros tres, **cerrando puertas y ganando todos**.*

Viene bien recordarlo a quien haga falta.!!!⁴⁶” (la negrita es nuestra).

b) Licitación número 131/2010 correspondiente al año 2010

En el año 2010, y ante el vencimiento próximo de los contratos suscritos como consecuencia del expediente de licitación del año 2008, TMB convocó un nuevo expediente de licitación bajo la referencia 131/2010⁴⁷.

De los cinco lotes del procedimiento anterior, TMB pasó a tres (folio 2912).

En esta ocasión, a pesar de que fueron seleccionadas y presentaron oferta tres empresas (PROSEGUR, LOOMIS y BLINDADOS GRUPO NORTE), se volvió a

⁴⁵ TMB emplea el término “*unidades de contratación*” para referirse a los lotes.

⁴⁶ Ver también en este sentido la secuencia de correos electrónicos recabada en la inspección de PROSEGUR e incorporada en los folios 16132 y 16133.

⁴⁷ Con objeto de contratar los servicios de transporte y manipulación de fondos para el periodo comprendido entre enero del año 2011 y diciembre del año 2014.

repetir el mismo esquema de adjudicación anterior, resultando de nuevo adjudicatarias PROSEGUR (lote 1) y LOOMIS (lotes 2 y 3).

La propia TMB valora la presencia de un tercer operador como positiva, ya que el hecho de que BLINDADOS GRUPO NORTE, empresa que intentaba abrirse mercado en Cataluña, presentara oferta, supuso una rebaja significativa de las tarifas finalmente contratadas (folio 2877).

Al igual que ha ocurrido en otros procesos de contratación anteriormente analizados, también en el caso de la licitación convocada por TMB en el año 2010, LOOMIS y PROSEGUR intercambiaron información antes de la fecha de presentación de ofertas (25 de octubre de 2010).

Así, el 19 de octubre de 2010, LOOMIS ya ha comunicado a PROSEGUR los precios que ha venido aplicando en su contrato con TMB.

Ello se deduce del correo electrónico de esa fecha (asunto “RV⁴⁸: *Enviando por correo electrónico: METRO PLIEGO PARTICULAR (2).doc*”, que el Sr. XXX (PROSEGUR) envía a la Sra. XXX (Departamento de facturación de PROSEGUR) y que contiene una comparativa de los precios que PROSEGUR y LOOMIS (resaltado en rojo) han aplicado para cada uno de los conceptos en los que se desglosa el servicios de transporte y manipulado del metro de Barcelona (folios 16189 a 16191). Es de destacar, que el Sr. XXX afirma en el correo que “**esto lo pasa loomis [...]**” (la negrita es nuestra) (folio 16188).

El último de los archivos adjuntos de esta secuencia de correos electrónicos, fechado el 19 de octubre de 2010, es el titulado “FA11477N_F00EL7_Resumen_Subclientes” (folio 16196).

Se trata de un documento Excel relativo a la preparación y análisis previo de la oferta de PROSEGUR en el expediente de licitación convocado por TMB en el año 2010 comparándola con la de LOOMIS.

Esta no es la única comparativa entre PROSEGUR y LOOMIS obrante en el expediente, ya que estas tablas para la licitación del año 2010 también figuran en otros correos electrónicos internos entre empleados de PROSEGUR recabados en la sede de PROSEGUR por parte de la Dirección de Competencia (folios 16189 a 16191, 16197 y 16198; 16200, 16203, 16205).

Tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, LOOMIS (lotes 2 y 3) y PROSEGUR (lote 1) resultaron finalmente adjudicatarias del concurso para la prestación de servicios de transporte y manipulación de fondos que TMB había convocado en el año 2010.

⁴⁸ El documento había sido enviado por el Sr. José Luis Illana (PROSEGUR) al Sr. XXX (PROSEGUR).

c) Licitación número E00078 correspondiente al año 2015

El último de los expedientes de licitación en materia de servicios de transporte y manipulación de fondos organizados por TMB hasta la fecha es el expediente nº E00078 (folio 2912).

El objeto del mismo fue la contratación de los citados servicios para el periodo comprendido entre enero de 2015 y diciembre de 2018. La fórmula utilizada fue la de procedimiento restringido⁴⁹ y con una división en tres lotes igual que se había hecho en el año 2010: lote 1 (75% de la red de metro), lote 2 (25% de la red de metro) y lote 3 (máquinas autoliquidadoras).

En este caso, sólo presentaron oferta PROSEGUR y LOOMIS, resultando adjudicatarias, con fecha 11 de noviembre de 2014, PROSEGUR del lote 1 y LOOMIS de los lotes 2 y 3, al igual que sucedió en la anterior licitación.

En relación con este contrato, consta un correo electrónico interno fechado el 8 de agosto de 2014, anterior a la fecha de adjudicación, recabado en la sede de LOOMIS, en el que el Sr. XXX (Director nacional de gestión de efectivo de LOOMIS), tras conocer la convocatoria de TMB, solicita al Gerente de Gestión de efectivo de la zona de Cataluña de LOOMIS (el Sr. XXX) que le informe de si difiere la oferta de lo que LOOMIS está haciendo en ese momento (folios 16017 y 16018).

El Sr. XXX (LOOMIS), tras indicar que el objeto del concurso se había dividido “[...] en función de las cuotas actuales que tenemos cada compañía [...]”, indica que:

“[...] Yo creo que debemos optar a la misma cuota que tenemos, incrementando las tarifas por supuesto, y garantizarnos que la Línea 9 cuando la inauguren en Enero 2016 sea para nosotros. Esta línea es la que va desde al Aeropuerto hasta Badalona (la que pasa por la base Mas Blau) y está previsto que sea una línea muy rentable por la alta ocupación, por tanto con alta densidad de servicios de recogidas y cargas de máquinas de cambio y deberíamos conseguir el compromiso por escrito de metro que de que nos la adjudiquen a nosotros [...]”.

Se propone un incremento tarifario sobre los servicios que hasta ese momento venían prestando, sin tener ni siquiera mínimamente en cuenta la posibilidad de que PROSEGUR pudiera presentar una oferta competitiva para ese lote.

⁴⁹ A partir de la información disponible en el registro de proveedores PROTRANS, se invitó a participar a PROSEGUR, LOOMIS, EULEN y SIC.

d) Tabla resumen de todas las licitaciones analizadas

En definitiva, tal y como se expone en la siguiente tabla, durante el periodo 2008-2015 LOOMIS y PROSEGUR han mantenido una situación estable en relación con los importes licitados y servicios adjudicados por TMB para la prestación de servicios de transporte y manipulación de fondos.

DISTRIBUCIÓN IMPORTES DE ADJUDICACIÓN EN LOS EXPEDIENTES DE LICITACIÓN ORGANIZADOS POR TMB EN EL PERIODO 2008-2015 PARA LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE Y MANIPULACIÓN DE FONDOS						
Expediente de licitación	Importe de Adjudicación Total (millones €)			Porcentaje Importe de Adjudicación Total		
	LOOMIS	PROSEGUR	TOTAL	LOOMIS	PROSEGUR	TOTAL
49/2008	1.516.395,93	4.120.966,92	5.637.362,85	27%	73%	100%
131/2010	2.185.489,52	6.640.622,92	8.826.112,44	25%	75%	100%
E00078	1.999.042,29	4.710.193,52	6.709.235,81	30%	70%	100%

Fuente: Elaboración propia con datos del expediente (folio 2912)

1.3. GRUPO CORREOS

A diferencia de lo establecido para los clientes anteriores, el análisis que la Dirección de Competencia ha hecho de las licitaciones organizadas por GRUPO CORREOS para contratar los servicios de transporte y manipulación de fondos se ha basado en los dos procedimientos de contratación (expedientes de licitación nº SP140002 y nº SP140006) que dieron origen al presente expediente sancionador y en los correos electrónicos recabados en las inspecciones domiciliarias que la Dirección de Competencia desarrolló entre el 10 y el 12 de febrero de 2015 en las sedes de LOOMIS y PROSEGUR.

Puesto que los concursos de GRUPO CORREOS tuvieron lugar en el año 2014 y en las inspecciones domiciliarias se recabaron documentos anteriores a esas convocatorias, se exponen los hechos de forma cronológica.

El primero de los documentos que procede analizar, desde la perspectiva cronológica, es el correo electrónico enviado el 28 de julio de 2009 por el Sr. XXX (CORREOS) al Sr. XXX (PROSEGUR) con el asunto "OFERTA PROSEGUR"⁵⁰, para pedirle varias propuestas económicas que le permitieran "lanzar el pliego" (folio 17852).

⁵⁰ En aquel momento, integrante del departamento de LVGE de PROSEGUR, actual responsable de Grandes Cuentas y Comercial Madrid LVGE de la citada empresa (folio 241).

Al día siguiente, el Sr. XXX (PROSEGUR) convoca a varios empleados de PROSEGUR a una reunión para abordar la prestación de servicios a GRUPO CORREOS (folios 16151 a 16167) con un documento adjunto⁵¹ que contenía el “*Pliego de Condiciones técnicas y Particulares para la contratación con una o varias entidades del servicio de entrega y recogida de efectivo en las oficinas de Correos (14 lotes)*”.

Según se aclara en el cuerpo del correo electrónico referido, el documento adjunto era un pre-borrador “*que nos ha facilitado el cliente para analizarlo y ponerlo en común*”, añadiéndose por el Sr. XXX (PROSEGUR) (folio 16151):

*“[...] La idea ayudar a correos en la preparación del pliego e **intentar la exclusión de otros operadores**”*

Los invitados son: TODOS”. (la negrita es nuestra)

La entidad finalmente adjudicataria del citado concurso fue el BBVA quien utilizó los precios mayorista que LOOMIS y PROSEGUR le cobraban en la prestación de los servicios de transporte y manipulación de fondos en virtud de su condición de cliente para presentar una oferta más competitiva que las citadas empresas.

Así se extrae del correo electrónico de 5 de marzo de 2012 que el Sr. XXX, de CORREOS, escribió al Sr. XXX (LOOMIS)⁵² para informarle que CORREOS se encontraba en plena renovación del contrato de servicio de transporte de fondos que fue adjudicado a BBVA, por lo que se solicitaba de LOOMIS indicación del “*precio que aplicarías un cliente con nuestro volumen, según los datos que poséis*” (folio 17441).

El Sr. XXX (LOOMIS) traslada esta comunicación al Sr. Juan Miguel Mata (Director General Comercial de LOOMIS) en los siguientes términos (folio 17441):

“[...] me dice que es para poder renovar lo del BBVA que necesitan un precio de un tercero al ser entidad pública, que engordemos el precio que el nos da que es el que le cobra BBVA [...]”.

a) *Expediente de licitación nº SP140002*

Ante la finalización del anterior contrato, con fecha 10 de abril de 2014, se publica por GRUPO CORREOS la convocatoria del expediente de contratación SP140002, relativa a los servicios de recogida, transporte y custodia de fondos, efectos de franqueo y filatéticos en edificios del GRUPO CORREOS. El importe de licitación era de 5.034.684,76 (IVA no incluido) y el procedimiento negociado (folios 68 a 147).

De acuerdo con los datos del Pliego, GRUPO CORREOS subdividió el objeto de licitación en cinco lotes diferenciados.

⁵¹ Documento adjunto “PCT_TRANSPORTE DE FONDOS_2010_220609 (3)” (folios 16153 a 16167).

⁵² Actual Gerente comercial de LOOMIS la zona de Madrid. (folio 288).

Los lotes 1, 2, 3 y 4 se refieren a los servicios de recogida, transporte y entrega de efectivo, distribuyéndose en los lotes 1 y 2 las distintas provincias situadas en la península y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. El lote 3 corresponde a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y el lote 4 a la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias.

Por su parte, los servicios licitados en el lote 5 se refieren al servicio de transporte y/o escolta de los efectos de franqueo y filatélicos, para su prestación en dos rutas entre centros de CORREOS situados en las inmediaciones de Madrid.

En el Pliego de Condiciones Técnicas y Particulares se establece que las entidades interesadas pueden presentarse a uno, varios o a la totalidad de los lotes indicados.

Fueron invitadas a participar las siguientes empresas: PROSEGUR, LOOMIS, TRABLISA, S.A. (TRABLISA), SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA, S.A. (SIC) y BBV ARGENTARIA, S.A. (BBVA).

Según la información obrante en el expediente⁵³, ninguna empresa presentó oferta para los lotes 1, 2 y 5. Para el lote 3 (Baleares), presentaron oferta TRABLISA y PROSEGUR, y para el lote 4 (Canarias), SIC y PROSEGUR⁵⁴.

PROSEGUR analizó internamente este concurso, tal y como refleja el correo electrónico interno fechado el 15 de abril de 2014 (asunto "*Pliego de Correos*") que el Gerente Nacional de Logística de Valores (el Sr. XXX) envía a diversos empleados y directivos de la entidad (entre ellos, en copia, el Sr. José Luis Illana, Director de LVGE en España). Adjunto al correo se incorpora un informe ("*Nuevo Pliego Correos*") en el que se analizan las nuevas condiciones establecidas por GRUPO CORREOS en el Pliego (folios 18051 a 18056 -)

El apartado primero del citado informe "*Condiciones y diferencias del actual servicio*" (folio 18052) es un guion en el que se enumeran sintéticamente, a modo de epígrafes, los aspectos más destacables de la comparativa realizada entre el nuevo pliego y las condiciones del contrato vigente en ese momento entre GRUPO CORREOS y BBVA.

Llama la atención que no se incluyan en el informe las oficinas de Chronoexpress ni el lote 5 (servicios filatélicos), siendo acompañada esta indicación por la referencia "*Loomis*" (folio 18052).

A la vista de este informe, el Sr. XXX (PROSEGUR), mediante correo electrónico de 16 de abril de 2014 (folio 18057)⁵⁵ dirigido a varios empleados de PROSEGUR

⁵³ Folios 2 y 222.

⁵⁴ El porcentaje de la baja en el importe máximo anual ofertado por PROSEGUR para el lote 4 (Canarias) fue del 25,16% respecto del precio de salida, mientras que no hubo variación en la oferta final de la citada empresa para el lote 3, Baleares (folio 222).

⁵⁵ Integrado en la secuencia de correos electrónicos de 21 de abril de 2014 (asunto "RE: Pliego de Correos" - folios 18057 a 18058 -).

(entre ellos, en copia, el Sr. José Luis Illana, Director de LVGE en España), afirma que:

“[...] Nunca debemos ir por debajo de los precios establecidos y acordados con bbva para la vigencia del contrato [...]”.

Frente a esta afirmación, el Sr. XXX (Gerente Comercial de PROSEGUR), en correo electrónico de 21 de abril de 2014 (folio 18057), manifiesta su disconformidad indicando que:

“[...] no entiendo bien que tienen que ver los precios a un organismo público como es Correos y que saca un nuevo concurso, con los que tenemos con una entidad financiera; yo creo que debemos analizar la rentabilidad y oportunidad de la operación de forma independiente, pero quizás algo se me escape [...]”.

Con fecha 26 de junio de 2014, el Consejo de Administración de CORREOS aprobó la propuesta de adjudicación del expediente SP140002.

Los lotes 1, 2 y 5 (servicios circunscritos a la península), se declararon desiertos por no haberse presentado ningún licitador a los mismos.

El lote 3, correspondiente a las Islas Baleares, se adjudica a TRABLISA, por un importe máximo neto anual de 94.266,84 € (precio unitario del servicio de 31,89 €) mientras que el lote 4, correspondiente a las Islas Canarias, se adjudica a PROSEGUR, por un importe máximo anual de 124.785,75 € (precio unitario del servicio de 18,95 €)⁵⁶.

Tras la adjudicación parcial del expediente SP140002, y como consecuencia de haber quedado desierto los lotes 1, 2 y 5, GRUPO CORREOS se puso en contacto con PROSEGUR y LOOMIS para contratar los servicios no adjudicados mediante un procedimiento extraordinario, como se pone de manifiesto en el correo electrónico que envió a LOOMIS el 13 de mayo de 2014 (folio 17460)⁵⁷.

b) Expediente de licitación nº SP140006

Puesto que los servicios de los lotes 1, 2 y 5 seguían sin ser adjudicados, el 4 de junio de 2014, GRUPO CORREOS publica el expediente de licitación SP140006, relativo a la contratación del servicio de recogida, transporte y custodia de fondos,

⁵⁶ Folios 2 y 222.

⁵⁷ Específicamente, CORREOS solicita a LOOMIS el precio por la totalidad de los servicios de los lotes 1 y 2 (correspondientes a la Península) y el precio por los servicios que “actualmente no estáis prestando”.

En su respuesta (folio 17460), LOOMIS le facilita oferta para “la prestación de los servicios que le tenéis encomendado al BBVA y a su vez cedidos a nosotros hasta que se adjudique el nuevo concurso”.

No obstante, respecto de la totalidad de los servicios correspondientes a los lotes 1 y 2 se facilita un precio orientativo advirtiendo que no sería conveniente subrogar plantillas como consecuencia de contratar unos servicios transitorios.

efectos de franqueo y filatéticos en edificios del GRUPO CORREOS (folios 148 a 221).

La estrategia utilizada por GRUPO CORREOS en este nuevo procedimiento es totalmente diferente a la utilizada en el concurso anterior. Si bien se mantuvo el sistema de procedimiento negociado, la entidad optó por subdividir los servicios en 50 lotes, por un importe de 5.581.985,00 € (IVA no incluido) para provocar así una mayor concurrencia y permitir a empresas de seguridad de ámbito local que pudieran participar (folios 2, 3 y 223).

Asimismo, el importe de licitación fue aumentado por GRUPO CORREOS respecto a la anterior licitación, a pesar de que parte de los servicios ya habían sido adjudicados.

Los lotes 1 a 49 se refieren a los servicios de recogida, transporte y entrega de efectivo, agrupándose de forma individualizada en cada uno de ellos los servicios para cada una de las provincias peninsulares y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

El lote 50, por su parte, se refiere al servicio de transporte y/o escolta de los efectos de franqueo y filatéticos, para su prestación en dos rutas entre centros de CORREOS situados en las inmediaciones de Madrid (el mismo servicio que el del lote 5 del expediente SP140002).

Al igual que sucedía con el anterior expediente de licitación, GRUPO CORREOS establece que las entidades interesadas pueden presentarse a uno, varios o a la totalidad de los lotes indicados.

La propuesta de adjudicación en el expediente SP140006 tuvo lugar el 24 de julio de 2014. Las dos únicas empresas que solicitaron participar y que finalmente presentaron ofertas fueron LOOMIS y PROSEGUR, siendo el resultado de la licitación el siguiente⁵⁸:

- Se adjudican 13 lotes a LOOMIS, por un importe máximo neto anual de 2.867.871,20 € (precio unitario del servicio de 38,80 €).
- Se adjudican 37 lotes a PROSEGUR, por un importe neto anual de 2.660.804,44 € (precio unitario del servicio de 36,87 €).

Como puede comprobarse en el resumen de la adjudicación de la licitación elaborado por GRUPO CORREOS (folio 224), LOOMIS no presentó oferta para los lotes a los que ofertó PROSEGUR y PROSEGUR no presentó oferta para los lotes a los que ofertó LOOMIS.

Concretamente, LOOMIS, además del lote 50 (correspondiente a al servicio de transporte y/o escolta de los efectos de franqueo y filatéticos), obtiene el servicio de recogida, transporte y entrega de efectivo para las siguientes provincias: Álava (lote 2), Barcelona (lote 9), Cádiz (lote 12), Guipúzcoa (lote 22), Huesca (lote 24),

⁵⁸ Folio 223.

Madrid (lote 30), Málaga (lote 31), Murcia (lote 33), Navarra (lote 34), Ourense (lote 35), Pontevedra (lote 37) y Zaragoza (lote 49).

Se trata de los mismos lotes señalados en el correo electrónico interno de LOOMIS de 26 de junio de 2014 (asunto “Invitación Concurso Correos. Expte.: SP140006” -)⁵⁹, como lotes “a los que en principio nos vamos a presentar” (folios 17466 a 17538).

Asimismo, el fichero electrónico denominado “Lotes”, de 25 de junio de 2014 (folio 17550), contiene un documento en formato excel en el que se señalan los lotes (marcados en color azul) a los que LOOMIS presentó oferta y que le fueron finalmente adjudicados.

En la pestaña segunda “Lotes y Precio Licitación”, se establece la misma tarifa para los lotes (11) a los que se pretendía ofertar, con la única excepción del lote 50 que presenta una tarifa diferenciada. Igualmente, para los lotes a los que no se tenía intención de ofertar, sí se establecen dos tarifas: una para toda la península y otra para los lotes 1, (La Coruña), 10 (Burgos), 45 (Valencia) y 40 (Sevilla).

También PROSEGUR analizó el concurso convocado por GRUPO CORREOS con carácter previo a la presentación de cualquier oferta.

Como se ha dicho anteriormente, el nuevo concurso fue publicado el 4 de junio de 2014. Pues bien, el 17 de junio el Gerente Nacional de Efectivo de PROSEGUR (el Sr. XXX) remite un correo electrónico a diversos empleados de PROSEGUR (entre ellos, en copia, el Sr. Juan Luis Illana, Director de LVGE en España), en el que manifiesta (folio 17810):

“Tal y como hemos comentado por teléfono y después de la reunión de esta mañana Correos queda de la siguiente manera:

· En los lotes que no hacemos, no vamos a ir con tarifa alguna.

· En los lotes que sí hacemos:

o En los que íbamos con [...]€ pasamos a [...]€

o En los que íbamos con [...]€ pasamos a [...]€ “ (la negrita es nuestra).

Es decir, PROSEGUR no va a concurrir a todos los lotes (al igual que se ha visto antes en el caso de LOOMIS) y se suben los precios de los lotes a los que PROSEGUR iba a presentar oferta.

⁵⁹ Este correo electrónico se envía tras haber comunicado GRUPO CORREOS la invitación a participar, una vez valorada la solicitud de participación de LOOMIS (folio 17467).

1.4. RENFE OPERADORA

Durante el periodo 2008-2015, RENFE OPERADORA ha organizado tres expedientes de licitación para la contratación de los servicios de transporte y manipulación de fondos.

De acuerdo con lo establecido por RENFE OPERADORA durante la tramitación del expediente, la entidad siempre ha preferido contratar con dos proveedores de servicios en vez de uno para garantizar la prestación de los servicios y la seguridad, por lo que la citada entidad procuró “históricamente”, que en los entornos de las líneas de Cercanías de Madrid y Barcelona, concurren más de una empresa, dado que las recaudaciones de estas líneas suponen dos tercios del total (folios 4940 y 4941).

Para determinar qué operadores han venido prestando servicios a RENFE OPERADORA durante ese periodo, la Dirección de Competencia ha elaborado la siguiente tabla en la que se recogen, en términos absolutos y porcentuales, los importes adjudicados por RENFE OPERADORA en cada uno de los procesos de licitación convocados durante el periodo 2008-2015.

DISTRIBUCIÓN IMPORTES DE ADJUDICACIÓN EN LOS EXPEDIENTES DE LICITACIÓN ORGANIZADOS POR RENFE OPERADORA EN EL PERIODO 2008-2015 PARA LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE Y MANIPULACIÓN DE FONDOS						
Expediente de licitación	Importe de Adjudicación Total (millones €)			Porcentaje Importe de Adjudicación Total		
	LOOMIS	PROSEGUR	TOTAL	LOOMIS	PROSEGUR	TOTAL
Nº Exp. Inicia ⁶⁰ (GECO) 2.7/0888.0126/6-00100 Nº Exp. Final (Geconet) 2007-01795/000.00	365.685,40	725.303,72	1.090.989,12	33,5%	66,5%	100%
Nº Exp. Inicial (Geconet) 2010-00657/000.00 Nº. Exp. Final (SAP) 2010 – 05611	374.860,60	780.373,98	1.155.234,58	32,4%	67,6%	100%
Nº 2014 – 00154	713.225,34	1.320.374,11	2.033.599,45	35%	65%	100%

Fuente: Elaboración propia con datos del expediente (folio 4945)

Las conclusiones que se extraen de la tabla anterior es que los operadores adjudicatarios siempre han sido LOOMIS y PROSEGUR, y la proporción de los

⁶⁰ No se tienen en cuenta los servicios correspondientes a las provincias de Málaga y Murcia, que fueron subcontratados por PROSEGUR a LOOMIS, con autorización de RENFE OPERADORA (folios 9011 a 9012), en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2007 hasta el 31 de agosto de 2009 (folio 4939), debido a la carencia de cámaras de depósito de PROSEGUR en los citados territorios (folio 4943).

importes adjudicados distribuida entre ambas entidades es constante en el tiempo, situándose en un 30-35% LOOMIS y 60-65% PROSEGUR.

1.5. AENA

En la secuencia de correos electrónicos internos de PROSEGUR de 6 de marzo de 2009 (asunto “RV: Consulta Concursos” – folios 16142 a 16143 -), en relación a un concurso organizado por AENA para la recogida de fondos para el Aeropuerto de Barcelona, se realiza la siguiente afirmación (folio 16142):

*“En cuanto al tema de Transporte estamos esperando que nos reciban los responsable de Aena para tomar datos, **pero ya sabemos que está Loomis, con lo cual habrá que respetarlos [...]**” (la negrita es nuestra).*

1.6. EUSKOTREN

Finalmente, en relación con esta entidad, consta en el expediente la secuencia de correos electrónicos entre empleados de PROSEGUR, de 25 de julio de 2012 (asunto “RE: Euskotren” – folios 17956 a 17957 -), en los que se pone de manifiesto la connivencia entre competidores en el concurso organizado en el año 2012 por la referida entidad de transporte público⁶¹. En esa secuencia de correos el Sr. XXX, delegado de PROSEGUR en la provincia de Vizcaya comunica al Sr. XXX, responsable del departamento de concursos de PROSEGUR, lo siguiente:

*“[...] DBS no se puede presentar ya que exigen delegación en las 3 provincias y no tienen. **La única competencia es Loomis pero entiendo que nos deben cubrir.** Se entrega el día 14 de Agosto [...]” (folio 17956). (la negrita es nuestra)*

2. CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE Y MANIPULACIÓN DE FONDOS POR PARTE DE ENTIDADES FINANCIERAS.

En relación con la contratación de servicios de transporte y manipulación de fondos por parte de las entidades financieras, estos son los hechos más relevantes puestos de manifiesto por la Dirección de Competencia en su propuesta de Resolución.

⁶¹ Concurso que, según la información disponible en el expediente de referencia, fue publicado en junio del año 2012 y al que sólo presentó oferta PROSEGUR, resultando por tanto el único adjudicatario el 26 de septiembre del 2012 (folio 4723).

Con anterioridad al expediente de contratación descrito, los servicios de transporte y manipulación de fondos de EUSKOTEN se encontraban contratados también con PROSEGUR (folios 4721 a 4723).

2.1 CAIXABANK

CAIXABANK ha señalado que, en un principio, cuando se producía la absorción de una entidad financiera en CAIXABANK, lo que hacía la citada entidad era negociar con los proveedores de la entidad de crédito absorbida la resolución de los correspondientes contratos de prestación de servicios de transporte y manipulación de fondos, con la finalidad de reconducir a sus propios contratos la prestación de los citados servicios (folio 3574).

Con base a ello, el criterio de CAIXABANK para la reasignación de los servicios correspondientes a las entidades adquiridas ha sido el siguiente:

- En las zonas en las que la entidad financiera adquirente disponía de un único proveedor, se asignaron los servicios a esta empresa de seguridad privada, resolviendo el contrato con el proveedor de origen e incorporando los nuevos servicios al contrato vigente de CAIXABANK.
- En aquellas zonas en las que CAIXABANK disponía de dos proveedores de ámbito nacional, se asignaron los servicios a la empresa de seguridad privada que venía prestándolos a la entidad financiera absorbida, siendo incorporados en el régimen del contrato vigente en CAIXABANK.

Sin embargo, los documentos recabados en la inspección domiciliaria llevada a cabo por la Dirección de Competencia en las sedes de LOOMIS y PROSEGUR, muestran que la reestructuración de la red, al menos en el caso de BANCA CÍVICA, llevada a cabo en el año 2012 no se desarrolló siguiendo los parámetros generales señalados por CAIXABANK.

Si bien es cierto que CAIXABANK compensó la rescisión anticipada de los contratos que BANCA CÍVICA tenía firmados con PROSEGUR y LOOMIS⁶² y asignó oficinas de acuerdo con criterios geográficos y sus contratos vigentes a ambas compañías, lo cierto es que cuando PROSEGUR, como consecuencia de esa reestructuración, perdió parte de la red sobre la que prestaba servicios, se acordó que LOOMIS y PROSEGUR se compensaran tal pérdida.

Así se pone de manifiesto en el correo electrónico enviado el 13 de julio de 2012 por el Sr. XXX (PROSEGUR) a uno de los empleados de PROSEGUR (Sr. XXX), en el que el primero traslada al segundo el correo electrónico que el Director de Gestión de Efectivo de CAIXABANK había trasladado al Sr. José Luis Illana, Director de LVGE de PROSEGUR en España (16111 a 16112):

“Apreciado Jose Luis,

En relación con este asunto, paso a detallarte los términos acordados para la cancelación del contrato actualmente vigente entre Prosegur y Banca Cívica

⁶² Tal y como se deduce de los correos recabados en las sedes de LOOMIS (folio 15950) y PROSEGUR (folio 16289), fechados ambos el 13 de julio de 2012.

para la operativa de efectivo así como para la integración de sus oficinas en el contrato con “la Caixa” actual.

1) Contrato suscrito por Banca Cívica y Prosegur vigente hasta Noviembre de 2013 quedará cancelado con efectos del 5 de Agosto de 2012.

2) A partir del 6.8.12, las oficinas de BCIV ubicadas en Canarias, Galicia, Cantabria, Ceuta y Melilla, se incorporarán como “oficinas Caixa” al contrato vigente de “la Caixa” y a sus mismas tarifas. El resto de oficinas de BCIV atendidas por Prosegur pasarán a Loomis desde dicho día.

3) Para compensar las 359 oficinas que Prosegur “pierde” como consecuencia del punto 2 así como la disminución de facturación por la diferencia de tarifas entre BCIV y “la Caixa”, se ha acordado:

A) “la Caixa” abonará a Prosegur en concepto de “indemnización por rescisión anticipada del contrato” de Banca Cívica una única cantidad de [...]€.

B) 359 oficinas actualmente atendidas por Loomis pasarán a Prosegur en los siguientes términos:

- Estarán situadas en los ámbitos de Madrid, Barcelona o Guadalajara. Las oficinas deberán ser colindantes y estar ubicadas en una misma zona geográfica (en forma de porción de tarta) y abarcando la lógica proporción de oficinas urbanas e interurbanas.*
- Loomis y Prosegur acordarán el detalle de oficinas a traspasar y comunicarán a “la Caixa”, como máximo el martes día 17.7.12, dicho detalle por provincias.*
- Prosegur se adjudicará los servicios de estas 359 oficinas gradualmente (entre el 20.8 y el 7.9.12). Antes no será posible debido a los necesarios cambios informáticos, reprogramación cajas de tránsito, etc.).*
- Las tarifas de transporte y manipulado de dichas oficinas serán las mismas que actualmente satisface “la Caixa” para esas oficinas.”*

C) Se prorrogará hasta 31.10.15 el contrato actualmente suscrito entre “la Caixa” y Prosegur (que finalizaba el 31.3.2013) en los siguientes términos (al objeto de equiparlo al condicionado existente para otros proveedores):

- Período 1.4.2013 hasta 31.5.2013: se mantendrán las tarifas vigentes a 31.3.2013.*
- Período 1.6.2013 hasta 31.5.2014: aumento del IPC 2012.*
- Período 1.6.2014 hasta 31.10.2015: aumento del IPC 2013.”*

El Sr. XXX (PROSEGUR), se sorprende al ver las tarifas que la entidad y CAIXABANK habían acordado, y responde al Sr. XXX en los siguientes términos:

“Me temo que algo más que un ipc pero si al menos uno seguro!! Dicen que loomis lo tiene igual. Ya sé por que se empeñaba en lo de Navarra para Loomis..... Por que Juanito [la Dirección de Competencia interpreta que se refiere al Sr. Juan Miguel Mata, Director General Comercial de LOOMIS] la ha vuelto a liar y ya le ha comprometido un diez por ciento de rebaja en el sda El solito. Sin decir nada a nadie... Con un par!!! Asi se explica la historia!!!! Como lo ves?” (folio 16111).

Un correo electrónico de contenido muy similar al reproducido anteriormente entre CAIXABANK y PROSEGUR se recabó en la inspección domiciliaria realizada por la Dirección de Competencia en LOOMIS (folios 15950 a 15952).

El citado documento también lleva fecha de 13 de julio de 2012 y es una comunicación del Director de Gestión de Efectivo de CAIXABANK, en este caso, al Sr. Juan Miguel Mata (Director General Comercial de LOOMIS).

Las únicas diferencias con respecto al reproducido anteriormente es que en éste no aparece ninguna referencia a los contratos preexistentes entre CAIXABANK y LOOMIS y, sin embargo, sí se fija una fecha límite para que PROSEGUR y LOOMIS alcancen un acuerdo que permita a PROSEGUR compensar las 359 oficinas perdidas como consecuencia de la reestructuración de la red de la entidad financiera.

“... ”

§ Loomis y Prosegur acordarán el detalle de oficinas a traspasar y comunicarán a “la Caixa”, como máximo el martes día 17.7.12, dicho detalle por provincias.” (folio 15951).

La reorganización de oficinas de BANCA CÍVICA queda resumida en el correo que Sr. Jose Luis Illana, Director de LVGE en España, envía a varios empleados de PROSEGUR el día 13 de julio de 2012:

*“Este es, después de la batalla de hoy, el resultado de la “negociación”. En resumen era perder toda la cuota de Banca Cívica y quedar fuera o aceptar salir de Navarra y País Vasco cogiendo el mismo número de oficinas en Madrid y Barcelona.
Comentamos, un saludo.” (folio 16291).*

A partir de ese momento, comienza la negociación entre LOOMIS y PROSEGUR para articular la compensación de oficinas a favor de la primera.

A partir del 18 de julio de 2012, comienzan las gestiones entre CAIXABANK, LOOMIS y PROSEGUR para determinar la compensación de las oficinas perdidas por PROSEGUR (folios 15953 a 15957 y 16300 a 16303).

El 24 de julio de 2012, el Sr. Jose Luis Illana (Director de LVGE de PROSEGUR en España) remite al Sr. Juan Miguel Mata (Director General Comercial de LOOMIS) una primera propuesta en relación con la zona de Barcelona y que

comprende un total de 243 oficinas. Si la estructura de distribución bajo la que se realiza la propuesta (“en tarta”) resulta conveniente, esta sería la misma lógica que se aplicaría a Madrid y Guadalajara (folio 15959).

La valoración inicial de la propuesta por parte de LOOMIS fue (folio 15965)

“Antes de mirar nada, creo que esto en transportes es inasumible.

Para esto, les devolvemos las oficinas que tenían ellos antes y que cogimos en Junio.

Esto creo que no lo podemos asumir.”

A la luz de los datos del expediente, se desprende que antes de enviarse esta propuesta ya habían comenzado las negociaciones entre LOOMIS y PROSEGUR. Ello se deriva del correo electrónico interno de PROSEGUR fechado el 18 de julio de 2012 en el que al Sr. XXX indica al Sr. XXX que:

“Deberíamos quedarnos con doscientas en bcn y hemos pedido sata coloma badalona y barrios urbanos limítrofes,,,, aun así Carlos dice que nos arruinan !!!! Veremos.... Aún no está cerrado” (folio 16304).

El 28 de julio de 2012, cuando ya había expirado la fecha dada por CAIXABANK a ambas empresas para comunicarle el traspaso de oficinas, el Director de Gestión de Efectivo de la entidad financiera remite un correo electrónico a los responsables de los departamentos de gestión de fondos de LOOMIS y PROSEGUR les conmina a presentar la nueva distribución de oficinas el 2 de agosto de 2012 (folios 15972 y 16306).

El 30 de julio de 2012, el Director de Gestión de Efectivo de CAIXABANK envía un nuevo correo electrónico a ambos responsables advirtiéndoles que, en caso de no llegar a la nueva fecha límite fijada en el correo de 28 de julio de 2012, “si es necesario y al objeto de mantener y aplicar los acuerdos y compromisos que se establecieron en su día con respecto al tema del reparto de Banca Cívica, “la Caixa” decidiría unilateralmente que oficinas y en que ámbitos se pasan de una empresa a otra” (folios 15973 y 16307).

A la luz de los correos electrónicos recabados en la sede de PROSEGUR, ambas entidades llegaron a un acuerdo, al menos en relación a las oficinas de Barcelona y Tarragona, el día 31 de julio de 2012, fecha del correo electrónico de LOOMIS dirigido a PROSEGUR, en el que se afirma que se envía “el detalle de las Oficinas de La Caixa en Barcelona y Tarragona que propondremos a nuestro cliente, traspasarnos” (folio 16309), adjuntándose tres mapas con la ubicación geográfica de estas oficinas (folios 16310 a 16312 y 16320 a 16322).

Asimismo, con fecha 1 de agosto de 2012, uno de los empleados de PROSEGUR, mediante un correo electrónico dirigido a CAIXABANK y a otros dos empleados de la citada compañía (siendo uno de ellos al Sr. José Luis Illana, Director de LVGE en España), envía un documento adjunto en formato Excel, titulado “Caixabank Acuerdo Julio 2012 – DEFINITIVO 2” (folios 17968 y 17970),

el cual, según el cuerpo del citado correo, contiene "*los ficheros de oficinas que componen el acuerdo con Loomis en Catalunya y Madrid*" (folios 17967 y 17970), cuyo intercambio efectivo se preveía a partir del mes de septiembre.

Las oficinas de Guadalajara que debían reasignarse se incluyeron en el adenda contractual que PROSEGUR y CAIXABANK firmaron el 30 de julio de 2012 (folios 3950 y 3951). Por ello, la Dirección de Competencia considera que PROSEGUR y LOOMIS comunicaron a CAIXABANK su acuerdo en relación a la provincia de Guadalajara antes del 1 de agosto de 2012⁶³.

2.2 ABANCA

EL 1 de diciembre de 2010, con la fusión de las entidades CAIXA GALICIA y CAIXA NOVA surge NOVAGALICIA BANCO, S.A. (ahora ABANCA).

Si bien el proceso de reestructuración sólo afectó a un número reducido de oficinas, sí que afectó a la red de cajeros desplazados de ambas entidades que, con la fusión operativa pasaron a integrarse en la red de CAIXA GALICIA.

La entidad financiera explicó a la Dirección de Competencia que los cajeros desplazados ubicados en las provincias de Lugo y La Coruña fueron asignados a PROSEGUR, y los cajeros desplazados ubicados en las provincias de Orense y Pontevedra fueron asignados a LOOMIS (folio 9038). Según ABANCA, esta situación en relación a la prestación de los servicios de transporte y manipulación de fondos se mantuvo hasta la licitación convocada en el año 2012.

No obstante, la Dirección de Competencia ha tenido constancia, a través de determinados documentos recabados en el marco de la inspección llevada a cabo los días 10 y 12 de febrero de 2015 en la sede de LOOMIS, de que estas empresas de seguridad privada, con posterioridad a la fecha de inicio de la integración operativa de NOVAGALICIA BANCO (el 15 de agosto de 2011) y la convocatoria del proceso de licitación para la prestación de servicios de manipulación y transporte de fondos organizado por la entidad a finales del año 2012, intercambiaron comunicaciones y mantuvieron contactos que, posteriormente, se plasmaron en el procedimiento de licitación.

En primer lugar, en el correo electrónico entre empleados de LOOMIS de 21 de noviembre de 2011, enviado por el Sr. XXX a los Sres. XXX, XXX y XXX, con copia al Sr. Juan Miguel Mata (Director General Comercial de LOOMIS), bajo el asunto "Informe Novagalicia Banco", se adjunta un documento Excel en el que se expone la situación de la entidad financiera tras los cierres de oficinas, así como una propuesta de reparto de oficinas entre LOOMIS y PROSEGUR de cara a futuro consistente, en esencia, en la asignación de un proveedor de servicios de

⁶³ La relación de oficinas de CAIXABANK cedidas a PROSEGUR se reproduce en un correo interno de LOOMIS de 7 de septiembre de 2012, es decir, con carácter previo a la ejecución efectiva del traspaso de oficinas entre compañías (folio 17448).

transporte y manipulación de fondos único en exclusiva por provincia (folios 15927 a 15930)⁶⁴.

Como resultado de la aplicación de esta redistribución de servicios, las citadas empresas pasarían a prestar, respectivamente, alrededor del 50% de los servicios a la red de oficinas comerciales de la citada entidad financiera en el territorio de Galicia.

El intercambio de propuestas entre PROSEGUR y LOOMIS queda patente en la secuencia de correos electrónicos entre empleados de LOOMIS incorporados al expediente de referencia en los folios 15937 a 15939.

El primero de ellos, desde el punto de vista cronológico, es el fechado el 29 de noviembre de 2011 dirigido por el Sr. XXX (LOOMIS) al Sr. XXX (NOVAGALICIA BANCO), en el que se incluye un fichero Excel de reparto de oficinas entre PROSEGUR y LOOMIS por provincias para recabar la opinión del segundo (folio 15938).

Tras este correo, el Sr. XXX (NOVAGALICIA BANCO) responde al Sr. XXX (LOOMIS) en un nuevo correo fechado el 16 de diciembre de 2011 en los siguientes términos:

“Estas son las objeciones que han puesto, si bien, me “piden” verlo y comentamos. Ya ves que Asturias, con el argumento de que ellos ya hacían 16 y vosotros 2, no quieren dejarlo. En el caso de Valladolid y Palencia, dado que Inditex ingresa en estos sitios y ya existe SDA, poder cerrar una dejando la actual de ellos.

Compensarían esto con Valencia, Alicante o similar. Te remito fichero con los cambios.

En cuanto comenten algo hablamos, pero que están de acuerdo en arreglarlos entre vosotros de manera que no “afecte” a nadie. Eso sí, su deseo sería hacerlo de forma progresiva para que no se note mucho.” (folio 15937) (la negrita es nuestra).

La cadena de correos finaliza con el remitido el 7 de febrero de 2012 por el Sr. XXX (LOOMIS) al Sr. Juan Miguel Mata (Director General Comercial de LOOMIS), en el que el primero expone el proceso de negociación llevado a cabo (folio 15937):

“Juan, te adjunto copia de los correos cruzados con Novagalicia Banco para el reparto de oficinas por provincias.

Como podrás ver ellos estaban al corriente de esta distribución, de hecho realizaron algunos cambios que le he aceptado. La idea es que cada

⁶⁴ Entre la información obrante en el expediente de referencia, se ha incorporado una copia exacta del documento descrito (folios 15929 a 15930).

empresa siga con la misma cuota de oficinas que antes de la fusión de Caixanova y Caixagalicia.

A finales del pasado mes de Octubre, en Orense nos pasaron 35 oficinas que pertenecían a la antigua Caixagalicia. Nosotros no hemos perdido ninguna oficina por traspaso a Caixagalicia, las que se han perdido ha sido por cierre, una 200 oficinas.

Al final tienes un fichero con la distribución inicial y con los cambios que ha pedido Prosegur.”

Adjunto al citado correo electrónico se incorpora un documento Excel denominado “Reparto NGB” en el que se refleja la propuesta de LOOMIS elaborada con arreglo al referido criterio de atribución provincial a un único proveedor, pero en la que se incorporan las modificaciones solicitadas por PROSEGUR (folio 15939).

La previsión de la reestructuración de los servicios de transporte y manipulado de fondos de NOVAGALICIA BANCO entre LOOMIS y PROSEGUR se muestra también en el documento Excel adjunto al correo electrónico que el Sr. XXX (LOOMIS) envía al Sr. Juan Miguel Mata (Director General Comercial de LOOMIS) el 17 de febrero de 2012 bajo el asunto “Nuevos Presupuestos 2012” (folios 15940 a 15941).

En la primera pestaña del documento Excel y bajo la denominación “Presupuesto detallado”, se contiene la siguiente referencia en relación a NOVACAIXAGALICIA:

“Cierre de 150 oficinas por fusión de Caixanova y Caixagalicia (547-150=397). Año 2012 reparto del servicio con Prosegur por provincias. 1020 oficinas 44% Loomis = 459 Oficinas”.

Pese a que pudiera parecer que LOOMIS y PROSEGUR ya habían alcanzado un acuerdo en relación a NOVAGALICIA BANCO, el 21 de febrero de 2012, el Sr. XXX (Gerente de LOOMIS para la zona noroeste) solicita al Sr. XXX (Director de transporte de fondos de LOOMIS) su opinión acerca del correo electrónico que el 20 de febrero había recibido del Sr. XXX (NOVAGALICIA BANCO) con la propuesta de reorganización que PROSEGUR había remitido a la entidad financiera, ya que *“con la información que me ha llegado, podemos enderezar este tema ya que a simple vista veo que pinta mal.”* (folio 15942).

La información a la que alude el Sr. XXX (LOOMIS) es un Excel que el Sr. XXX (Gerente de Logística de Valores y Gestión de Efectivo de PROSEGUR en la zona norte) había enviado al Sr. XXX (NOVAGALICIA BANCO) ese mismo 20 de febrero de 2012 y que recoge una propuesta de reorganización distinta a la existente hasta ese momento. La propuesta se concreta en un documento Excel, adjunto al mismo bajo la denominación “PROPUESTA PROSEGUR REPARTO NGB” (folio 15944).

Tras esta propuesta parece que LOOMIS y PROSEGUR vuelven a negociar el reparto de oficinas, ya que en el correo de 21 de marzo de 2012 que el Sr. XXX

(LOOMIS) envía al Sr. Juan Miguel Mata (Director General Comercial de LOOMIS) el primero comenta (folio 15945)

“Te adjunto fichero con la propuesta de reparto de oficinas en Novagalicia Banco para adecuar los porcentajes a la situación inicial en el momento de la fusión de ambas entidades, partiendo de que Caixagalicia tenía un peso del 58% y Caixanova del 42%.

Este reparto hace quince días estaba prácticamente consensuado con Prosegur, pero hoy me han comentado que lo quiere ver José Luis Illana contigo.”

Al igual que en correos electrónicos anteriores, éste también lleva adjunto un Excel con el nuevo reparto territorial consensuado entre LOOMIS y PROSEGUR (folio 15946).

El 17 de abril de 2012, el Sr. XXX (LOOMIS) envía al Sr. Juan Mata (Director General Comercial de LOOMIS) un correo electrónico bajo la referencia “Reparto Novagalicia Banco” en el que se expone lo siguiente (folio 15947):

“Hola Juan:

Te adjunto fichero con la situación inicial, actual y propuestas de reparto de las oficinas de Novagalicia Banco.

Como ya te he comentado, la propuesta parte de los porcentajes que teníamos nosotros y Prosegur con las oficinas de cada una de las dos entidades antes de la fusión.

Situación Inicial:

En Galicia, Asturias y León: Prosegur 55% Loomis 45%

En el Resto de España: Prosegur 66% Loomis 34%

Total España: Prosegur 59% Loomis 41%

Situación Actual:

En Galicia, Asturias y León: Prosegur 58% Loomis 42%

En el Resto de España: Prosegur 83% Loomis 17%

Total España: Prosegur 66% Loomis 34%

Propuesta de Reparto acuerdo Prosegur (Roberto) Loomis:

En Galicia, Asturias y León: Prosegur 55% Loomis 45%

En el Resto de España: Prosegur 66% Loomis 34%

Total España: Prosegur 58% Loomis 42%

La idea de Novagalicia Banco es que el reparto se realizara por provincias completas que es la que figura en el fichero como "Propuesta Novagalicia Banco".

La "Propuesta Prosegur", es la que había consensuado con XXX, pero a última hora me dijo que la quería ver contigo José Luis Illana.

Yo no sé hasta qué punto merecerá la pena entrar en discusión ahora por estos porcentajes, ten en cuenta que tenemos que negociar un nuevo contrato con esta Entidad, si es que sigue sola, el contrato actual vence el 31/12/2012 y la idea de Novagalicia Banco es de realizar un reparto al 50% para cada una de las empresa."

Al igual que en correos anteriores, el Sr. XXX (LOOMIS) adjunta a este correo electrónico un documento Excel denominado "Reparto NGB (4)" (folio 15949).

La convocatoria definitiva del proceso de licitación (concurso restringido) por parte de NOVAGALICIA BANCO se produjo el 29 de noviembre de 2012, tal y como muestra la secuencia de correos electrónicos recabada por la Dirección de Competencia en la sede de LOOMIS y que se incorporaron al expediente de referencia en los folios 17449 a 17453).

El Pliego de Condiciones que NOVAGALICIA BANCO remitió a LOOMIS y PROSEGUR (folios 9157 a 9237) dividía el objeto de contratación en 6 lotes geográficos⁶⁵ indivisibles, aunque podían ser objeto de pequeñas modificaciones, como por ejemplo ocurrió con el lote 6.

La adjudicación de los servicios de transporte y manipulación de fondos de NOVAGALICIA BANCO fue finalmente la siguiente (folio 9041⁶⁶):

- PROSEGUR: Provincias de La Coruña, Lugo, Asturias y León y el resto de la Península e Islas.
- LOOMIS: Provincias de Pontevedra, Orense, Cádiz y Murcia

El resultado final de la adjudicación de servicios es muy similar al que PROSEGUR y LOOMIS habían estado negociando desde que tuvieron conocimiento de la integración de Caixanova y Caixagalicia en una única entidad, tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente.

Es más, la adjudicación realizada por NOVAGALICIA BANCO es muy similar al reparto de oficinas que PROSEGUR y LOOMIS habían consensuado en abril de 2012⁶⁷.

⁶⁵ En principio los lotes geográficos se configuraban como indivisibles, aunque cabía la posibilidad de realizar pequeñas modificaciones (folio 17452), tal y como ocurrió con el lote 6.

⁶⁶ El documento elaborado por ABANCA y que sintetiza los resultados de la licitación organizada por NOVAGALICIA BANCO en el año 2012 (folio 9041), contiene una errata en la primera tabla, ya que en la especificación de los lotes adjudicados a cada empresa, se indica dos veces "Lotes adjudicados a PROSEGUR". Realmente, los lotes especificados en primer lugar son los que fueron adjudicados a PROSEGUR, y los especificados en segundo lugar, los adjudicados a LOOMIS.

⁶⁷ Recogido en el correo de 17 de abril de 2012 que se ha reproducido antes (folios 15947 a 15949)

2.3 BANCO SANTANDER

Los contratos para transporte y manipulación de fondos que actualmente tiene vigentes el BANCO SANTANDER con LOOMIS y PROSEGUR se firmaron el 1 de agosto de 2014 (folios 1045 a 1079 y folios 1080 a 1113, respectivamente).

La firma de los mismos derivó del procedimiento de licitación que bajo la denominación “concurso del Transporte y Manipulado de Valores para el Grupo Santander”, se convocó por la entidad financiera en el mes de julio de 2014 (folios 1145 a 1151).

Con carácter previo a la convocatoria del procedimiento de licitación y según la información aportada por la entidad (folio 1117), BANCO SANTANDER mantuvo reuniones con PROSEGUR y LOOMIS de cara a poder desarrollar las bases para el futuro concurso.

En estas reuniones, las empresas de transporte y manipulado de fondos pusieron de manifiesto la necesidad de subir los precios que se encontraban en vigor hasta ese momento debido, por una parte a la reestructuración de la red de oficinas del BANCO SANTANDER⁶⁸ (que habían visto reducido su número paulatinamente) y, por otra, a factores ajenos a la entidad bancaria, pero determinantes para la valoración económica del servicio, tales como el aumento del precio de costumbre, la modificación legislativa que implicaba nuevos conceptos de facturación (en particular, Framework moneda y billete), o la modificación plus transporte cotizable a la Seguridad Social.

Una vez que el departamento de fondos analizó la situación preexistente con LOOMIS y PROSEGUR, así como las ofertas económicas que ambas entidades habían ofertado al BANCO SANTANDER, la entidad financiera decidió lanzar una primera solicitud de ofertas basada en dos escenarios distribuidos por lotes: un primero en el que la previsión de adjudicación era de 60% (PROSEGUR)-40%(LOOMIS) + BALEARES y un segundo, en el que la previsión de adjudicación era de 80%(PROSEGUR) -20% (LOOMIS), siendo este último el existente en el momento de iniciar el nuevo procedimiento de contratación. Con ello, la entidad financiera buscaba una menor transparencia y predictibilidad en el proceso de contratación que favoreciera la presentación de ofertas más competitivas por parte de LOOMIS y PROSEGUR.

Los lotes diseñados para estos dos escenarios correspondían a parámetros de cobertura geográfica y estructura apta por parte de proveedores, así como volumen económico estimado de gasto que posibilitara distribución aproximada en los porcentajes señalados en cada escenario (folio 1040).

⁶⁸ Incluye BANESTO

Además, se optó por un mecanismo de subasta electrónica con formato de sobre cerrado con los dos escenarios de adjudicación variable⁶⁹.

Durante el proceso de adjudicación, los proveedores no movieron sus precios, limitándose LOOMIS a rebajar menos de un 2% el coste de sus tarifas en caso de acceder al 60%⁷⁰. En consecuencia, resultó adjudicatario el mismo escenario que estaba vigente a la fecha (80%-20%), sin que se consiguieran modificaciones en relación a la prestación del servicio.

En consecuencia, lo pretendido por Banco Santander fracasa.

2.4 BANCO POPULAR

De acuerdo con la información obrante en el expediente (folios 2638 a 2850), LOOMIS y PROSEGUR habían prestado los servicios de transporte y manipulación de fondos al BANCO POPULAR desde el año 2003 hasta el año 2015, fecha en la que PROSEGUR resultó adjudicataria única del proceso de contratación que la entidad financiera había iniciado en el año 2014.

Hasta ese nuevo concurso, las relaciones LOOMIS/BANCO POPULAR se habían regido por el contrato firmado entre ambas entidades el 11 de junio de 2003 (folios 2804 a 2843), mientras que las relaciones con PROSEGUR se regían por el contrato suscrito entre la citada entidad y BANCO POPULAR el 28 de abril de 2003 (folios 2757 a 2774).

En ambos casos, la renovación de los contratos se realizaba de manera tácita por años naturales (folio 2642) y la proporción de ambas empresas en lo relativo a volumen de facturación también se estabilizó, según la entidad financiera, en 85% para PROSEGUR y un 15% para LOOMIS (folio 2643).

Esta media estable de ingresos entre LOOMIS y PROSEGUR en lo relativo a volumen de facturación, que BANCO POPULAR sitúa desde el año 2009, no se corresponde con los aumentos tarifarios aplicados por ambas entidades en sus contratos con la entidad financiera (folio 2644).

Mientras que en el año 2012⁷¹ tanto LOOMIS como PROSEGUR aplicaron el mismo incremento tarifario, la segunda no revisó precios en los dos siguientes años y, sin embargo, LOOMIS pasó a incrementar sus tarifas en un **[CONFI]** en el año 2013 y de acuerdo con el IPC en el año 2014. En el año 2015, PROSEGUR vuelve a revisar las tarifas aplicadas a BANCO POPULAR minorándolas en

⁶⁹ Las condiciones de participación y dinámica de la subasta se describen en el documento “Reglas, términos y condiciones para negociación online; Transporte de Valores SAN 2014; ES-2013-WS728967” (folios 1145 a 1151).

⁷⁰ Tabla anexo 2 *Baseline* (folio 1118) y tabla anexo 3 *Oferta final y ahorros* (folio 1119).

⁷¹ En este año se produce la absorción del BANCO PASTOR por parte de BANCO SABADELL. (folio 2850)

[**CONFI**] puntos porcentuales, mientras que LOOMIS las vuelve a incrementar en un [**CONFI**]⁷².

Estos incrementos tarifarios tampoco son consistentes con la absorción en el año 2012 de BANCO PASTOR por parte de BANCO POPULAR⁷³, ya que, de acuerdo con los datos obrantes en el expediente, la entidad que más servicios asumió fue PROSEGUR.

En efecto, si bien es cierto que parte de la red de oficinas del BANCO PASTOR pudo ser integrada en los servicios preexistentes y, por ello, suponer un aumento de los costes de prestación del servicio para ambas empresas de seguridad, a la luz de los datos aportados por BANCO POPULAR, PROSEGUR integró en su red de transporte y manipulación de fondos todos los cajeros (107) del BANCO PASTOR en el periodo 2012-2013, sin que se produjeran importantes aumentos tarifarios (folio 2850).

Sin embargo, la diferencia en tarifas que LOOMIS aplicó fue mucho mayor que la aplicada por PROSEGUR.

En el año 2013, BANCO POPULAR incorpora como procedimiento de contratación a partir de los 300.000 euros la modalidad de concurso y, por ello, cuando en el año 2014 se inicia un nuevo proceso de contratación de servicios de transporte y manipulación de fondos, la entidad financiera procede a su convocatoria.

El citado concurso se inició en noviembre de 2014 y fue adjudicado en febrero de 2015. Las empresas de seguridad privada a las que se solicitó presentación de oferta fueron PROSEGUR y LOOMIS, por ser “los únicos con los que Popular cuenta con una experiencia previa que garantiza que pueden dar una cobertura de calidad” (folio 2642).

La empresa que resultó adjudicataria fue PROSEGUR, ya que, según BANCO POPULAR, ésta presentó mejor oferta técnica y económica que LOOMIS (folio 2643)⁷⁴.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, pese a la adjudicación de todos los servicios relacionados con el transporte y manipulación de fondos a PROSEGUR, BANCO POPULAR mantuvo determinadas relaciones comerciales con LOOMIS que se prolongan hasta la actualidad.

⁷² La Dirección de Competencia considera que las tarifas del año 2015 aportadas por BANCO POPULAR son las que se aplicaron hasta febrero de 2015, cuando se resolvió el procedimiento de contratación de un único proveedor iniciado en noviembre de 2014.

⁷³ Según BANCO POPULAR, los servicios del BANCO PASTOR se integraron en los contratos que, desde el año 2003 vinculaban a la entidad financiera con PROSEGUR y LOOMIS.

⁷⁴ Como consecuencia de esta adjudicación, BANCO POPULAR y PROSEGUR suscribieron un contrato el 18 de mayo de 2015.

De acuerdo con los contratos suministrados por BANCO POPULAR el 25 de febrero de 2015, la entidad financiera firmó un contrato con LOOMIS (con objeto de continuar con el servicio de caja centralizada que LOOMIS venía prestando a través de terceros contratos, con objeto de dar cobertura a clientes de LOOMIS que lo son a su vez de BANCO POPULAR (folios 2737 a 2756)⁷⁵.

2.5 BBVA

BBVA también contrata sus servicios de transporte y manipulación de fondos mediante procedimientos sistematizados que consisten, en una primera fase, en una invitación del BBVA a las empresas a presentar tarifas unitarias en función de los servicios que cada una de ellas pueda prestar, una segunda fase en la que se negocia con cada una de las empresas de transporte de fondos la tarifa presentada inicialmente y una fase final en la que la entidad financiera vuelve a solicitar ofertas bajo distintos escenarios, toda vez que la implantación geográfica de la empresas de transporte de fondos no es la misma y se busca el mejor precio en el conjunto del mercado español (folio 1650).

Procede incorporar en este punto la información recabada por la Dirección de Competencia en la inspección realizada en la sede de PROSEGUR relacionada con la entidad UNNIM CAIXA (actual UNNIM BANC)⁷⁶ ya que, en el año 2013, la entidad pasó a ser controlada por BBVA.

De acuerdo con un correo electrónico de 24 de febrero de 2011, que el Gerente de Logística Valores y Gestión de Efectivo para la zona de Cataluña y Aragón de PROSEGUR envía al Sr. Jose Luis Illana (Director de LVGE en España) y a otro empleado de PROSEGUR (el Sr. XXX), UNNIM CAIXA procedió, en el año 2011, a convocar un procedimiento de contratación para la provisión de servicios de transporte y manipulación de fondos (folios 16207 y 16208).

Bajo el asunto “Oferta Concurso UNNIM Caixa”, el Sr. XXX (PROSEGUR) explica, en los siguientes términos, la estrategia de PROSEGUR con respecto al concurso organizado por la citada entidad financiera:

“Esta es la oferta que nosotros tenemos que presentar; los lotes ganadores para nosotros son los señalados en amarillo y son los dos en las que ya

⁷⁵ El anexo III del citado contrato relaciona una serie de puntos de servicios de clientes de BANCO POPULAR para los que se contrata la prestación de los servicios de transporte y manipulación de fondos (folios 2752 a 2756), indicándose que el ingreso de la recaudación de estos clientes se realizará en GRUPO BANCO POPULAR (folio 2756).

Los servicios a clientes del BANCO POPULAR se ubican en las siguientes provincias: A Coruña, Cádiz, Barcelona, Badajoz, Córdoba, Guadalajara, Málaga, Murcia, Sevilla, Toledo y Zaragoza, destacando, entre otros, los establecimientos de hostelería del (CONFI) en esos territorios.

⁷⁶ Esta entidad, surgida de la fusión de tres cajas de ahorro catalanas (Caixa Manlleu, Caixa Sabadell y Caixa Terrassa), fue adquirida por BBVA el 7 de marzo de 2012, culminándose la integración en mayo de 2013.

ahora somos mayoritarios (Tarragona-LLeida-Zaragoza-Valencia-Comarca de Osona en Barcelona).

El concurso sale a “precio” y esperan gran oferta de Efectivox con influencia de Caixa Penedés que ha querido influir en el proceso muy a la “cúpula...”

El resto de lotes no resultaríamos competitivos contra Loomis que es mayoritaria en ellos.

Nuestro objetivo es mantener esos dos lotes y perder el resto.

En cajeros desplazados, nuestra posición es fuerte (tenemos todos los de Manlleu) pero es mayoritario Loomis (tiene los de caixa Sabadell).

El jueves 3 tengo cita para entrega.

Como mejoras, incluiremos planificación, externalización y maquinolos...[...]

Como puede extraerse del texto reproducido, parece que por el mero hecho de que LOOMIS ya viniera prestando los servicios en determinadas zonas, excluía la posibilidad de que PROSEGUR compitiera por ellas, limitándose a centrarse en los dos lotes en los que ya estaba consolidada su posición.

3. CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE Y MANIPULACIÓN DE FONDOS POR PARTE DE EMPRESAS DEDICADAS A LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL MINORISTA U OTROS SERVICIOS. SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS ENTRE LAS EMPRESAS

En este apartado, se incluye una descripción de los hechos acreditados por la Dirección de Competencia en relación con los servicios de transporte de fondos a empresas de distribución minorista u otros servicios, como es el caso de TÜV RHEINLAND IBERICA, que evidencia, entre otros aspectos, como LOOMIS y PROSEGUR han acudido de manera constante a la subcontratación de servicios entre ambas empresas competidoras.

Se analizan en este apartado, los servicios prestados a MERCADONA, ALDI y LIDL, WERKHAUS, TÜV RHEINLAND IBERICA, MIQUEL ALIMENTACIÓ y el CORTE INGLÉS.

3.1 MERCADONA

MERCADONA se configura como uno de los principales clientes de las partes y ha venido contratando servicios en el mercado español de transporte y manipulación de fondos tanto con PROSEGUR como con LOOMIS.

MERCADONA no utilizó ningún procedimiento estandarizado para la contratación del transporte y manipulación de fondos sino que, a la luz de los datos obrantes en el expediente, fueron los servicios centrales de la entidad quienes negociaron los contratos con PROSEGUR y LOOMIS.

En caso de apertura de nuevos centros comerciales, MERCADONA se limita a incorporar “los nuevos establecimiento comerciales a cada proveedor en función de su mayor presencia en esos momentos en cada zona de aperturas, para de esta forma obtener mejoras en el servicio y en el coste del servicio por eficiencia logística” (folio 15806).

Sin embargo, la cuota de prestación de servicios de transporte y manipulación de fondos por parte de PROSEGUR y LOOMIS en la red de MERCADONA ha permanecido prácticamente inalterada desde el año 2009, tal y como se pone de manifiesto en diversos correos electrónicos recabados por la Dirección de Competencia en la sede de PROSEGUR (folios 17991 a 17998).

En ellos, se realiza un estudio del número de centros MERCADONA a los que PROSEGUR y LOOMIS han venido prestando servicios de transporte y manipulación desde diciembre de 2009 a abril de 2013⁷⁷ y que pueden resumirse de la siguiente manera:

TOTAL CENTROS MERCADONA					
AÑOS	PROSEGUR	%	LOOMIS	%	TOTAL
31/12/2009	305	24,13	959	75,87	1.264
31/12/2010	327	24,96	983	75,04	1.310
31/12/2011	337	24,85	1.019	75,15	1.356
31/12/2012	350	24,81	1.061	75,19	1.411
2013 abril	351	24,70	1.070	75,30	1.421

Fuente: Elaboración propia con base en datos del expediente (folios 17992 y 17998⁷⁸)

TOTAL APERTURAS MERCADONA					
AÑOS	PROSEGUR	%	LOOMIS	%	TOTAL
Aperturas 2011	10	21,74	36	78,26	46

⁷⁷ Las secuencias de correos electrónicos incorporados al expediente en los folios 17991 a 17998 están fechadas entre el 18 y 19 de abril de 2013.

⁷⁸ La información de la tabla reproducida se ha extraído del correo electrónico enviado por XXX, entonces Director Negocio Zona Este, a José Luis Illana, Director de LVGE de PROSEGUR en España (folios 17997 a 17998).

Aperturas 2012	13	23,64	42	76,36	55
Aperturas 1 trim. 2013	1	10,00	9	90,00	10

Fuente: folio 17998⁷⁹

Si bien los contratos que MERCADONA había firmado con LOOMIS Y PROSEGUR para la prestación de servicios de transporte y manipulación de fondos establecían reservas a favor de cada uno de los proveedores de estos servicios, no en todas las zonas geográficas la ordenación de los servicios en razón de nuevas aperturas estaba tan clara.

El 20 de diciembre de 2012, en un correo interno entre empleados de PROSEGUR, el Sr. XXX comunica lo siguiente (folio 17976):

*“Buenas noches;
Me acaba de llamar XXX⁸⁰ para comunicarme que las tiendas de Mercadona en expansión en Navarra se las han dado a Loomis.
Al parecer ha sido precio [...] Su cuota es 75% (algo más de 900) y el nuestro 25% (casi 300)
Me dice que hablara con Jose Luis Illana, pero no creo consiga nada.
[...]”*

Con este escenario de adjudicación en Navarra, el Sr. XXX (Director zona este de PROSEGUR) explica a los Sres. XXX, Director de negocio de la zona norte de PROSEGUR, XXX (PROSEGUR) y José Luis Illana, Director de LVGE de PROSEGUR en España, lo siguiente:

“Te explico la jugada, Mercadona LVGE tenía tres paquetes nuevos para adjudicar, Servicio Control Cajas Transit, LVGE Navarra y País Vasco, en principio por la cuota actual de 75 % Loomis y 25 % Prosegur todo era nuestro, jugada de última hora, Juan Mata Loomis 300 tiendas de ellos en nocturno se las pasa a diurno 550.000 euros ahorro más en lugar de aplicar el IPC de subida en 2013 de sus 18 mm de facturación solo le repercutirá el 1,2, ahorro de 350.000 euros más TOTAL 900.000, nosotros no podemos llegar a ese descuento con nuestra cuota actual, con este escenario ellos Navarra, nosotros Servicio Control Caja Transit y LVGE País Vasco.” (folio 17975).

⁷⁹ La información de la tabla reproducida se ha extraído del correo electrónico enviado por XXX, entonces Director Negocio Zona Este, a José Luis Illana, Director de LVGE de PROSEGUR en España (folios 17997 a 17998).

⁸⁰ La Dirección de Competencia considera que se produce una errata en el correo electrónico y donde dice XXX, debería decir XXX, ya que esta es la identidad del Delegado de PROSEGUR en la zona este y el cliente MERCADONA entra dentro de esa zona de contratación.

En definitiva, independientemente de las previsiones en cuanto a nuevas aperturas que figuran en los contratos que MERCADONA firmó con LOOMIS y PROSEGUR, parece que lo que subyace es un mantenimiento de la cuota de ambas entidades en la prestación de servicios a MERCADONA (75% LOOMIS, 25% PROSEGUR).

Otro caso de apertura de nuevos establecimientos no limitadas geográficamente es el de la provincia de Castellón, si bien procede matizar que esta zona pertenece a uno de los territorios “tradicionales” de LOOMIS.

En un correo fechado el 18 de septiembre de 2013, enviado por el Director del negocio de PROSEGUR en la zona este (el Sr. XXX) a los Sres. XXX y XXX (ambos de PROSEGUR) en relación con una conversación mantenida entre el primero y un responsable de MERCADONA, se señala lo siguiente:

“En conversación de ayer con XXX me confirma que hablo con nuestro Ceo C.G. para agradecerle nuestro trabajo, información, colaboración etc. en el asunto de Castellón [...]

MENSAJES:

- *Situación complicada por cómo se está desarrollado el problema y la duración del mismo.*
- *Ante esta problemática tan concreta, problema sindical, fuera de la que sería la normal de calidad servicio, eficiencia, propuestas innovadoras operativas etc., **nuestra postura no será proactiva, eso sí, estaremos siempre muy cerca de ellos para lo que puedan necesitar como el caso Castellón.***
- *[...]*
- ***Como le hemos manifestado en diferentes ocasiones la no pérdida de cuota porcentual debería venir por las nuevas aperturas.***
- *La máxima Dirección de Prosegur es conocedora de todo lo relacionado con Mercadona por la importancia del cliente y [...].”(folio 18015) (la negrita es nuestra).*

En definitiva, a la luz del correo electrónico, se deduce que, pese a existir un problema entre MERCADONA y LOOMIS en la prestación de servicios de transporte y manipulación de fondos en Castellón, parece que PROSEGUR no va a optar por ganar al cliente en esa zona (“*nuestra postura no será proactiva*”), sino que se limitarán a acoger las nuevas aperturas que les correspondan en virtud del reparto 75%-25%.

Otro de los elementos obrantes en el expediente que permiten a la Dirección de Competencia afirmar que entre PROSEGUR y LOOMIS se había establecido un reparto de 75-25 % en relación con los servicios prestados a MERCADONA, es la imposibilidad por parte de esta última de mejorar las condiciones tarifarias con PROSEGUR pese a garantizarle un aumento de cuota en prestación del servicio respecto a LOOMIS en el año 2013.

En efecto, entre octubre y noviembre de ese año 2013 se produce una propuesta de MERCADONA a PROSEGUR por la que, a cambio de igualar la cuota de ésta frente a LOOMIS en número de tiendas, se le solicita una mejora en las condiciones tarifarias que hasta ese momento venía aplicando a MERCADONA (folios 18023 a 18027).

Para analizar esa propuesta, PROSEGUR utiliza los datos reales de la facturación de LOOMIS a MERCADONA en el documento denominado “*Informe comparativo Prosegur Loomis*” que se incluye como documento adjunto al correo electrónico de 25 de octubre de 2013 con el asunto “informe Loomis”, que el Sr. XXX, Director de Negocio de la Zona Este de PROSEGUR, envía a diversos directivos de la compañía, entre los que se encontraba el Sr. José Luis Illana, Director de LVGE en España (folios 17394 a 17395).

Lo relevante del citado informe es que no sólo recoge el número de centros de MERCADONA atendidos por LOOMIS y PROSEGUR, sino que, además, aborda extremos tan comercialmente sensibles para LOOMIS como los siguientes:

- Conceptos y montos tarifarios, que permiten a PROSEGUR establecer una comparativa real entre lo cobrado por ambas compañías a MERCADONA.
- La razón de la que deriva la diferencia tarifaria entre los dos prestadores de servicios. En particular, el informe establece que “El diferencial actual proviene del incremento de 2013 proviene del incremento de 2013, en el que Prosegur aplica [...] de IPC y Loomis en el último momento se descuelga aplicando el 1.75 %, para conseguir Navarra (Zona nueva)”.

Con estos datos, PROSEGUR estima que “*El incremento de cuota supone una mayor facturación de 6.500.000 € aprox.*”.

La propuesta de MERCADONA no llegó a implementarse, tal y como se deduce del Anexo contractual firmado entre el cliente y PROSEGUR en el año 2013 (folio 15903).

En el año 2015, MERCADONA volvió a sugerir a PROSEGUR un cambio tarifario similar al que ya había propuesto a la entidad en el año 2013 (folios 18082 a 18084) y, al igual que ocurriera en el año 2013, tampoco prosperó⁸¹.

3.2 ALDI y LIDL

LIDL y ALDI han venido contratando a PROSEGUR como único proveedor⁸² de los servicios de transporte y manipulación de fondos de sus tiendas en España,

⁸¹ Para ello la Dirección de Competencia ha comparado la propuesta tarifaria enviada por MERCADONA a PROSEGUR el 21 de noviembre de 2014 (folios 18083 y 18084) con el adenda al contrato de firmado el 27 de enero de 2015 entre MERCADONA y PROSEGUR al contrato de 21 de enero de 2004 (folio 15905)

debido a las ventajas que implica contar con un único interlocutor (folio 15501) ya que en España “*no existen empresas a nivel provincial o nacional que ofrezcan este tipo de servicio además de Prosegur*” (folio 15251)⁸³.

Ahora bien, tanto en los contratos que PROSEGUR ha firmado con LIDL, como en los contratos firmados entre PROSEGUR y ALDI, o entre PROSEGUR con las distintas sociedades que gestionan la red de distribución comercial de ALDI, se prevén expresamente cláusulas de subcontratación de servicios.

Ello es consistente con la práctica de PROSEGUR quien siempre ha subcontratado a LOOMIS los servicios prestados a estas empresas en las provincias de Cádiz, Málaga y Murcia.

Es más, en los contratos firmados con ALDI, existe reconocimiento expreso de la subcontratación con LOOMIS en esas tres provincias, al ser supuestamente la única empresa activa en esas zonas geográficas.

Sin embargo, de acuerdo con los datos obrantes en el expediente, la subcontratación directa de PROSEGUR con LOOMIS, al menos en lo que se refiere a la provincia de Málaga, no tiene tal justificación, ya que la entidad cuenta con delegación propia en esa provincia desde el año 2008.

Los correos electrónicos recabados en la inspección a la sede de PROSEGUR muestran cómo los propios trabajadores de la delegación de PROSEGUR en Málaga cuestionan que los servicios de ALDI y LIDL sean subcontratados a un tercero como LOOMIS.

⁸² En el caso de ALDI, esta empresa ha contratado siempre, desde el inicio de su actividad en España, en el año 2002, únicamente con PROSEGUR (folio 15251). Además, según lo declarado por esta empresa en el marco del expediente de referencia, nunca ha recibido ofertas de otro proveedor de servicio distinto de PROSEGUR (folio 15251).

Por su parte, según lo declarado por LIDL en el marco del expediente se referencia, esta empresa, desde el año 2008, ha contratado solamente con PROSEGUR la prestación de servicios de transporte y manipulación de fondos que cubra su red de supermercados en territorio nacional (folio 15500).

No obstante, la Dirección de Competencia, con base en la información obrante en el presente expediente, considera que PROSEGUR ha sido contratista exclusivo de LIDL, respecto de los servicios de transporte y manipulación de fondos desde, como mínimo, febrero del año 2005, fecha de los primeros contratos disponibles suscritos entre PROSEGUR y LOOMIS con objeto de subcontratar los servicios prestados a la citada empresa en las provincias de Cádiz (folios 13941 a 13991),)Málaga (folios 13992 a 14036) y Murcia (folios 14037 a 14082).

⁸³ Según LIDL, un factor importante a valorar en la negociación de la contratación de los servicios de transporte y manipulación de fondos es el área de actuación de los oferentes (folio 15500).

A pesar de que en los últimos procesos de negociación emprendidos por esta empresa (años 2011 y 2013 - folio 15501-), se recibieron también ofertas de LOOMIS que cubrían todo el ámbito territorial nacional, la cadena de supermercados escogió la oferta presentada por PROSEGUR, descartando la posibilidad de incorporar a LOOMIS como segundo operador (folio 15501).

Asimismo, según la información facilitada por LIDL, en sus últimos procesos de negociación de servicios de transporte y manipulación de fondos también se entablaron negociaciones con GRUPO NORTE, EFECTIVOX, TRABLISA y SIC, sin que se recibieran ofertas formalizadas en estos casos (folio 15502).

3.2.1. ALDI

En relación con ALDI, consta en el expediente la secuencia de correos electrónicos internos entre empleados de PROSEGUR que tiene lugar entre los días 21 y el 31 de octubre de 2008, con el asunto “RE: INICIO SERVICIO ALDI T-192 BENALMADENA” (folios 16136 a 16138).

En ella, una empleada de PROSEGUR (la Sra. XXX), se dirige al Sr. XXX (responsable de operación y comercial LVGE de la zona Este de PROSEGUR) en los siguientes términos (folio 16137):

“[...] Te informo de una cosa rarita, por un tema de Lidl he llamado a Málaga y me ha preguntado porque no hacemos este servicio que te adjunto de ALDI EN Málaga le digo que esta equivocado que desde que se abrió la delegación de Málaga todo lo hacemos nosotros.

PERO... he hablado con Servicios Comerciales y me dice que es correcto que todo lo hace LOOMIS.

*No entiendo nada. Será por los ingresos que es Popular
????????????????????????????????????*

PERO SI ALDI NO QUIERE TRABAJAR CON LOOMIS NO?” (la negrita es nuestra)

A este respecto, un miembro de PROSEGUR del Departamento de Servicios Comerciales para el negocio de LGVTE (el Sr. XXX), pone de manifiesto que cualquier cambio con respecto a la subcontratación de los contratos en las provincias de Málaga y Murcia debe ser autorizado por los servicios centrales de PROSEGUR (folio 16137):

“No es ningún error. Todos los ALDI en Málaga los está haciendo Loomis. Si tengo que cambiar el criterio necesito que XXX nos de instrucciones claras y concretas sobre los servicios nuevos que surjan en Málaga y Murcia. No puede ser que unos centros del mismo cliente los haga Loomis y otros nosotros. Y si tiene que ser así, insisto, Servicios Comerciales debe recibir instrucciones de XXX.

[...].(la negrita es nuestra)

El Sr. XXX (responsable de operación y comercial LVGE de la zona Este de PROSEGUR) no se muestra conforme con la estrategia que ha optado PROSEGUR respecto a este tipo de contrataciones, toda vez que “[...] **nuestro cliente ALDI manifestó por escrito su voluntad de evitar en lo posible la subcontratación con Loomis allí donde nos fuera posible. En concreto en Málaga donde sabe que hemos abierto nuestra propia delegación [...]**”, manifestando seguidamente que, “[...] **servicios comerciales parece tener orden de adjudicar a Loomis las nuevas aperturas de este cliente, aún contra sus deseos ... y los nuestros [...]**” (folios 16136 a 16137). (la negrita es nuestra)

Si bien los propios empleados de PROSEGUR en la delegación de Málaga asumen que, pese a poder prestar los servicios de manera directa, ya existen ciertos acuerdos entre LOOMIS y su empresa que les impiden ganar volumen de negocio, no entienden por qué con base en esos acuerdos previos se siguen subcontratando los servicios de transporte y manipulación de fondos (folio 16136):

*“[...] dejando al margen el volumen subcontratado en la actualidad, caso de nuevas aperturas con clientes de Prosegur, y ante manifiesta queja de los clientes con su proveedor actual, como en el caso de Lidl, **los servicios deberíamos realizarlos nosotros, la delegación de Malaga necesita volumen que permita amortizar la inversión realizada y si seguimos dándole volumen a la competencia lo tenemos muy complicado**”.* (la negrita es nuestra)

El último correo electrónico de la secuencia es el enviado, con fecha 31 de octubre de 2008, por el Sr. XXX (quien debía autorizar en PROSEGUR el cambio en las políticas de subcontratación con LOOMIS en Málaga) a los empleados de PROSEGUR que, como se ha visto, cuestionaban el sistema empleado por la empresa y que sintetiza la polémica de la siguiente forma (folio 1636):

“Sí es así como indicas; Luis, habrá que aceptarlo, y creo que debe ser una decisión estratégica, y que será Alejandro, quien decida sí en Málaga, tomamos esta decisión, por que no tiene sentido y es sumamente complicado, que desde Servicios Comerciales, controlen unas tiendas y otras no.

Estudiarlo, y decidimos, aunque creo que ya lo hicimos este año, todos los servicios subcontratados, los recuperamos , o no?, y los nuevos servicios, los realizamos, o los subcontratamos?. Y una vez analizado, con sus consecuencias, se lo trasladamos a la competencia.

Pero insisto, aquí la decisión fundamental, está en el nivel más alto, y hasta la fecha, no hemos cambiado el criterio [...]”.

En definitiva, lo que se deriva de la secuencia de correos electrónicos transcrita es que LOOMIS, pese a no haber sido adjudicataria del contrato con ALDI, iba a prestar los servicios de transporte y manipulado de fondos en Málaga, Cádiz y Murcia, con independencia de la capacidad de PROSEGUR para prestarlos por sí misma.

De hecho, una nueva secuencia de correos electrónicos recabados en la sede de PROSEGUR muestra que en el año 2011 la política de la empresa en relación a los servicios prestados a ALDI en la provincia de Málaga continuaba siendo la misma que en el año 2008.

Concretamente, en la cadena de correos electrónicos de 4 de mayo de 2011, el Sr. XXX (PROSEGUR)⁸⁴, a raíz de un problema derivado de la operativa seguida por LOOMIS en la prestación de los servicios de ALDI subcontratados en Málaga, hace la siguiente manifestación (folio 16212):

*“[...] A veces las cosas son así y no quieren verlas de otro modo ya que están forzando que Prosegur actúe de verdad como único titular; **este cliente ya me ha pedido varias veces prescindir de la subcontrata en Málaga y Murcia donde sabe que hacemos servicio a otros clientes de forma directa... Cuanto menos ruido haga loomis, mejor para todos...** [...]”.*(la negrita es nuestra)

Por otro lado, cabe señalar que uno de los problemas inherentes a todo proceso de subcontratación es la tarifa que definitivamente se cobrará al cliente final en caso de que los servicios no puedan realizarse a partir de medios propios debido, fundamentalmente, a las diferentes estructuras de costes de las empresas.

Sin embargo, en el caso de las relaciones entre PROSEGUR y LOOMIS la problemática ha sido fácilmente resuelta por las empresas, ya que, al menos en determinados casos, repercuten a la subcontratada el mismo precio que cobran al cliente final, lo que aumenta el grado de transparencia del mercado.

Así se pone de manifiesto en la serie de correos electrónicos recogidos en los folios 17931 a 17943 bajo el asunto “PROSEGUR: ALDI TIENDA 174 LA LINEA (CADIZ). SERVICIO ESPECIAL”

En ellos, LOOMIS solicita a PROSEGUR autorización para la realización de un servicio extraordinario a una tienda de ALDI en la provincia de Cádiz⁸⁵. Una vez obtenida la conformidad de la subcontratante y prestado el servicio, LOOMIS solicita a PROSEGUR la tarifa correspondiente al servicio extraordinario, con objeto de poder realizar la facturación.

Ante esta situación, el Sr. XXX, responsable de la Zona Este de PROSEGUR, facilita dos tarifas⁸⁶: una correspondiente a la facturación de los servicios subcontratados (retribución a LOOMIS por los servicios prestados a PROSEGUR), y otra tarifa, de superior importe, para ser facturada a ALDI en concepto de retribución final del servicio especial recibido⁸⁷.

⁸⁴ Dirigiéndose al Sr. XXX y al Sr. XXX, empleados de PROSEGUR (y en copia, al Sr. José Luis Illana, Director de LVGE en España).

⁸⁵ Dinámica de prestación de servicios subcontratados que coincide con la información facilitada por ALDI en el marco del presente expediente, según la cual el control del subcontratista no se realiza de forma directa por la empresa contratante, siendo el único interlocutor la empresa subcontratante, es decir, PROSEGUR (folio 15253).

⁸⁶ La comunicación se dirige al Sr. XXX, empleado del departamento de Servicios Comerciales de PROSEGUR y, en copia, al Sr. XXX y a la Sra. XXX, también empleados de PROSEGUR.

⁸⁷ Literalmente, el Sr. XXX (PROSEGUR) indica “Que facturem 145 euros. Factura especial y única explicando motivos para que se pueda refacturar al cliente por 175 euros” (folio 17932).

La solución adoptada por el Sr. XXX (PROSEGUR) es rebatida por el Sr. XXX (responsable del departamento de Servicios Comerciales de PROSEGUR) a través de correo electrónico de 8 de junio de 2012 (en el que se incluye en copia al Sr. José Luis Illana), en los siguientes términos: **“Luis, el acuerdo es pasarles siempre la misma tarifa que nosotros aplicamos [...]”**.(folios 17931 y 17932) (la negrita es nuestra).

En caso de que se decidiera actuar de otra manera diferente a lo pactado, el Sr. XXX(PROSEGUR) puntualiza que necesitarían contar con el visto bueno del Sr. José Luis Illana (PROSEGUR), máximo responsable del negocio de transporte y manipulación de fondos de PROSEGUR en España.

El Sr. XXX (PROSEGUR) manifiesta su disconformidad con esa política afirmando que:

“A mi me parece absurdo pero si crees que debe ser así, perfecto.... No sé qué tiene que importarle a Loomis lo que facturemos a nuestros clientes.....”⁸⁸.

Sin embargo, el Sr. XXX (PROSEGUR) se reafirma en el mantenimiento del acuerdo preexistente entre LOOMIS y PROSEGUR (folio 17931):

“Es un acuerdo Luis, que hay que respetar hasta que se me diga lo contrario, ¿o acaso cuando me pasas un cliente para subcontratárselo a Loomis me estás dando precios distintos a los que nosotros aplicamos?. Siempre han sido los mismos.

Javier, pasemos a Loomis los 175 euros por el servicio [...]”.

Así ocurre finalmente, tal y como puede comprobarse en los correos electrónicos de los folios 17931 y 17938 del expediente en los que PROSEGUR decide pasar a LOOMIS una facturación de 140 euros, que es la que se aplica al cliente final, aunque señalándole que es excepcional, sin tener PROSEGUR margen alguno.

3.2.2. LIDL

Esta situación de reserva de servicios a favor de un competidor no sólo ocurre en el caso de ALDI, sino también en el caso de LIDL, tal y como prueban las evidencias recabadas en la sede de PROSEGUR durante la inspección domiciliaria desarrollada por la Dirección de Competencia.

Concretamente, en el correo electrónico de 1 de abril de 2008, que el Sr. XXX (PROSEGUR) dirige al Sr. XXX (PROSEGUR) (asunto “RV: LIDL - DIFERENCIAS SAFEBAG”), queda claro que es LOOMIS quien presta los servicios que PROSEGUR ha contratado con LIDL en la provincia de Málaga (folio 16096):

“Luis, creo que tienes toda la razón. Entiendo que es Juan Pablo quien debe hacer gestión con la dirección de Loomis para que se limiten a realizar los

⁸⁸ Correo electrónico de 8 de junio de 2012 (folio 17931).

*servicios que les hemos subcontratado sin poner en duda nuestras tarifas (que conocen perfectamente ya que me dijiste que ellos también pasaron oferta). Estas tarifas han supuesto además un incremento medio del [...]. **A lo mejor la solución es hacer nosotros los servicios en Málaga, que ya tenemos delegación [...]*** (la negrita es nuestra).

El 21 de junio de 2010, mediante un correo electrónico que lleva por asunto “RE: LIDL- REAPERTURA DE LA TIENDA 646 – MALAGA”, la Sra. XXX (perteneciente al departamento de Administración Comercial de la zona Este de LVGE de PROSEGUR) plantea a varios empleados de PROSEGUR⁸⁹ que, ante la reapertura de “la tienda 646” de Torremolinos, es necesario determinar qué empresa debe atender los servicios de transporte y manipulación de fondos correspondientes al citado punto: LOOMIS, como empresa subcontratada que prestaba los servicios hasta el cierre temporal de la tienda, o PROSEGUR, con sus propios medios desde su delegación en Málaga.

La respuesta que obtiene la empleada de PROSEGUR es que el servicio citado iba a pasar a realizarse por la delegación de PROSEGUR en Málaga, por considerarse un servicio “nuevo” (folio 16172).

Esta respuesta confirma el hecho de que, pese a que PROSEGUR había instalado una delegación propia en Málaga respetaba los servicios que LOOMIS estuviera prestando en esa provincia y sólo cabía competir cuando se tratara de nuevos clientes o nuevos servicios.

A esta misma conclusión llega otro de los empleados de PROSEGUR (el Sr. XXX) quien, en contestación a un correo previo enviado por un empleado del departamento de Servicios Comerciales de la empresa en relación con la tienda de Torremolinos, dice lo siguiente (folio 16171)

“[...] Creí entender que había orden de no asumir nada nuevo...y seguir pasándolo a Loomis si se trata de cliente existente [...]”.(la negrita es nuestra)

El Sr. XXX (PROSEGUR) responde que la decisión de asumir los servicios de la tienda reabierta fue suya, *“[...] pensando en argumentarle a Loomis (si se daba cuenta y nos decía alguna cosa) que pensábamos que era una tienda nueva.... , pero nos hemos equivocado y al final también le comunicamos el reinicio de los servicios al propio Loomis [...]”* y recordando *“[...] que las nuevas aperturas de LIDL en Málaga ya las está haciendo Prosegur”*. (folio 1671).

Éste no es el único caso de esta índole que se dio en relación con los supermercados LIDL en Málaga, ya que en junio de 2011, tras la reapertura de la

⁸⁹ Mediante correo electrónico de 21 de junio de 2010 (folio 16174), que se dirige al Sr. XXX, responsable de la Zona Sur de PROSEGUR, Sra. XXX (del área de Servicios Comerciales del Departamento de Desarrollo de Negocio de LVGE de PROSEGUR), Sra. XXX (y al buzón de correo electrónico del departamento de Gestión de Tráfico de la delegación de Málaga de PROSEGUR (16174).

tienda 603 en Vélez-Málaga, se vuelve a suscitar la misma problemática que la descrita anteriormente para la tienda 646 (folio 17909).

Además de Málaga, la Dirección de Competencia también ha localizado evidencias que cuestionan la necesidad de PROSEGUR de recurrir a la subcontratación de servicios a LOOMIS en la provincia de Murcia, en el caso de los supermercados LIDL. Así, en una secuencia de correos electrónicos recabados en la sede de PROSEGUR y fechados entre los días 21 y 22 de enero de 2009, también puede apreciarse la existencia de un acuerdo entre PROSEGUR y LOOMIS para la asignación por subcontratación a LOOMIS de las nuevas aperturas del cliente LIDL en esa zona geográfica.

La referida secuencia de correos electrónicos se inicia con un correo del departamento de Administración Comercial de LOOMIS⁹⁰, de 21 de enero de 2009, con el asunto “Apertura LIDL Esparragal”, en el que se pregunta a PROSEGUR (concretamente al Sr. XXX), si esta empresa iba a subcontratarles los servicios de la tienda LIDL Esparragal⁹¹ (folios 16139 a 16141).

Tras confirmar a LOOMIS que la nueva tienda de LIDL no iba a ser subcontratada, el Sr. XXX (PROSEGUR) envía un correo electrónico interno⁹² en el que se informa de que la nueva tienda de LIDL abierta en Murcia se iba a atender directamente por PROSEGUR desde la delegación de Alicante (folio 16139).

Este hecho demuestra dos cosas. Por una parte, que las subcontrataciones que PROSEGUR hubiera firmado con LOOMIS en relación con los supermercados LIDL y ALDI no eran objeto de revisión, sino que actuaban como un acuerdo indefinido entre ambos competidores y, en segundo lugar, que no resultaba estrictamente necesario contar con servicios propios en una provincia para prestar los servicios, sino que éstos se podían prestar desde provincias limítrofes sin necesidad de recurrir a la subcontratación como instrumento estandarizado en la prestación de los servicios de transporte y manipulación de fondos.

Estas distorsiones competitivas se agravan si se tiene en cuenta que, al igual que se ha observado en el caso de ALDI, PROSEGUR y LOOMIS tienen una total transparencia en los precios aplicados al cliente final a través del mecanismo de la subcontratación⁹³.

⁹⁰ Derivado de una comunicación previa de un correo electrónico de la delegación de LOOMIS en Murcia (folio 16140).

⁹¹ Hecho del que habrían tenido conocimiento a través de una comunicación por fax de la propia LIDL.

⁹² Dirigido a la Sra. XXX y en copia al Sr. XXX, ambos empleados de PROSEGUR.

⁹³ De acuerdo con LOOMIS, las tarifas acordadas en los contratos de subcontratación firmados con PROSEGUR tienen los mismos precios y conceptos tarifarios pactados con el cliente (folio 14585).

Por ejemplo, en el correo electrónico interno de PROSEGUR de 1 de abril de 2008⁹⁴, en relación a unos servicios de LIDL subcontratados a LOOMIS en la provincia de Málaga, se manifiesta expresamente que "*se limiten a realizar los servicios que les hemos subcontratado **sin poner en duda nuestras tarifas (que conocen perfectamente ya que me dijiste que ellos también pasaron oferta)** [...] (la negrita es nuestra).*"

Aún más evidente es el correo electrónico entre empleados de PROSEGUR de 14 de julio de 2011 (asunto "Contrato Lidl – Prosegur"), mediante el que el Sr. XXX envía al Sr. XXX, en documentación anexa, el contenido íntegro del borrador de contrato pactado con LIDL, anexos incluidos (folios 16218 a 16288) para "*[...] tener cubiertas las prestaciones del mismo y en las mismas condiciones en la parte subcontratada*" (folio 16218).

Más recientemente y en la misma línea, la secuencia de correos electrónicos contenida en los folios 16008 a 16009, muestra cómo PROSEGUR puso en conocimiento de LOOMIS las condiciones contractuales que había pactado con LIDL para el año 2013 en Cádiz, Málaga y Región de Murcia⁹⁵.

3.3 WERKHAUS

Igualmente, constan evidencias de que PROSEGUR subcontrataba a LOOMIS los servicios de transporte y manipulación de fondos prestados al cliente WERKHAUS en la provincia de Málaga (folios 17865 a 17867 y folios 17883 a 17888).

De acuerdo con los correos electrónicos internos de PROSEGUR incorporados en los citados folios del expediente, en diciembre de 2010 se celebró un nuevo contrato entre PROSEGUR y WERKHAUS, cuyos servicios en Málaga se encontraban subcontratados a LOOMIS⁹⁶.

Al igual que se ha visto anteriormente, la Sra. XXX (PROSEGUR) pide confirmación al Sr. XXX (PROSEGUR) sobre la posibilidad de que sea la propia PROSEGUR quien preste el servicio o si, por el contrario, al tratarse de una renovación contractual, corresponde a LOOMIS esa prestación (folios 17866 y 17887).

Si bien no se dispone de la respuesta a la pregunta anterior, puede afirmarse, a la luz de los correos electrónicos incorporados en los folios 17865 a 17867 del expediente, que fue LOOMIS quien continuó prestando los servicios de transporte

⁹⁴ Comunicación del Sr. XXX al Sr. XXX, que se integra en la secuencia de correos internos de PROSEGUR, de 1 de agosto de 2008, con asunto "*LIDL - DIFERENCIAS SAFE BAG*" (folios 16134 a 16135).

⁹⁵ El contrato de servicios de transporte y manipulación de fondos vigente a fecha actual entre PROSEGUR y LIDL fue suscrito a la citada fecha, 1 de diciembre de 2013 (folio 15564 a 15606).

⁹⁶ Folios 17865 y 17883.

y manipulación de fondos de WERKHAUS en Málaga⁹⁷, lo que permite afirmar que la renovación de contratos con un cliente previo no está incluida en la cartera de clientes “atacable” por parte de la delegación de PROSEGUR en Málaga.

3.4 TÜV RHEINLAND IBERICA

La cadena de correos electrónicos de 15 de enero de 2014⁹⁸ pone de manifiesto que PROSEGUR ha continuado con su política de subcontrataciones respecto de los servicios contratados en la Región de Murcia.

En la conversación del citado correo electrónico se trata el tema de la modificación de los contratos suscritos entre TÜV RHEINLAND IBERICA, empresa titular de varios centros de ITV (Inspección Técnica de Vehículos), como consecuencia de la transformación de la operativa de prestación del servicio a la modalidad de Zona Segura en los centros de Lorca, San Pedro del Pinatar y Caravaca de la Cruz, situados todos ellos en la Región de Murcia.

Según se informa en el correo electrónico interno de PROSEGUR de 14 de enero de 2014⁹⁹, se trataba de centros cuyos servicios eran prestados en régimen de subcontratación por LOOMIS (folio 18034).

Tras tener conocimiento de esta modificación contractual y prestación del nuevo tipo de servicio, el Sr. XXX (Gerente Logística de Valores y Gestión de Efectivo de la Zona Este de PROSEGUR, en la que se incluye la Región de Murcia), comunica al Sr. XXX, del Departamento Comercial de PROSEGUR que “*San Pedro y Lorca se harán desde Alicante y Caravaca desde Albacete*”¹⁰⁰, es decir, que los servicios contratados se iban a atender por medios propios desde las delegaciones de PROSEGUR más próximas.

El Sr. XXX (PROSEGUR) desapueba la planificación descrita al afirmar que “*Juan, esto se está realizando en la modalidad de subcontratación...*” (folio 18033), lo que suscita la reacción del Sr. XXX, Jefe de Tráfico de la delegación de PROSEGUR en Albacete, quien considera incomprensible que los servicios a prestar en la localidad de Caravaca de la Cruz se hayan subcontratados a LOOMIS, pudiendo ser prestados directamente con las operativas ordinarias implementadas por la delegación de Albacete, expresándose en los siguientes términos¹⁰¹:

⁹⁷ En el correo de 10 de enero de 2011, al solicitarse al comercial de la cuenta del contrato con WERKHAUS, por parte de los Servicios Comerciales de PROSEGUR, una serie de conceptos tarifarios, se indica que “*también tenemos que facilitarles tarifas a Loomis por el centro de Málaga*” (folio 17865)

⁹⁸ Asunto “*RE: CONTRATOS ZONA SEGURA PROSEGUR area de Transportes en Cliente TÜV Rheinland*” (folios 18032 a 18035).

⁹⁹ Correo electrónico emitido por el Sr. XXX, del Departamento Comercial de PROSEGUR.

¹⁰⁰ Correo electrónico de 14 de enero de 2014 (folio 18034).

¹⁰¹ Correo electrónico de 15 de enero de 2014 (folios 18032 a 18033).

“[...] Salvo error u omisión, sobre el asunto de Tuv Rheinland sito en Caravaca de la Cruz (Murcia), nadie nos ha consultado ni la operativa ni la sectorización que tenemos en esa población en LV. Y que se realiza desde la Delegación de Albacete.

Desconozco los términos comerciales que tenemos establecidos y que han conllevado a subcontratar con Loomis, pero nosotros pasamos a escasos 50 metros de Tuv Rheinland Caravaca de la Cruz (Murcia), todos los Jueves [...]” (la negrita en nuestra).

EL Sr. XXX (PROSEGUR), mediante correo electrónico de 15 de enero de 2014, en el que se pone en copia, entre otros, al Sr. José Luis Illana, Director de LVGE en España, zanja la controversia confirmando la continuidad de la subcontratación de los servicios, tanto los prestados en Caravaca de la Cruz como los servicios correspondientes a las localidades de San Pedro del Pinatar y Lorca, indicando que¹⁰²:

*“[...] esto **NO** es una nueva contratación. Es un servicio que llevamos **realizando años** (por medio de subcontratación/ que conoce nuestro Cliente TÜV) lo único es que se va a modificar la operativa pasando a servicio en la modalidad de Zona Segura.*

Por favor XXX, que Alicante (Fernando) no tenga las misma dudas que conozca la situación [...]”.

3.5 MIQUEL ALIMENTACIÓ

Con fecha 6 de abril de 2009, el Sr. XXX, responsable de operación y comercial de la Zona Este de PROSEGUR, se dirige al Sr. XXX (figurando en copia también al Sr. José Luis Illana), ambos directivos de PROSEGUR, para comunicarle algunos aspectos en relación al acuerdo de contratación de servicios de transporte y manipulación de fondos a nivel nacional alcanzado con el citado cliente y que suponía un aumento de la cuota de mercado pero también de las exigencias de calidad y servicio para PROSEGUR, con respecto a la situación contractual anterior.

Si bien el cliente parece que prefiere que sea PROSEGUR quien preste estos servicios, el Sr. XXX (PROSEGUR) admite que las zonas que ya venían siendo prestadas por LOOMIS en anterior contrato no van a ser objeto de modificación pese al cliente. En palabras del Sr. XXX (folio 17850):

“[...] se pacte con LOOMIS la realización del mismo en las zonas ya subcontratadas (a pesar del deseo del cliente...) ya que el contrato establece PENALIZACIONES por incumplimiento operativo [...]”.(la negrita es nuestra)

¹⁰² Correo electrónico de 15 de enero de 2014 (folio 18032).

Interesa en este punto destacar la secuencia de correos electrónicos recabados en la sede de LOOMIS en la que los empleados de la entidad explican cómo funciona el sistema de subcontratación entre PROSEGUR y LOOMIS desde la operativa del segundo (folios 15999 a 16007).

En ellos, el Sr. XXX (del departamento de Gerencia Comercial de LOOMIS), pregunta al Sr. XXX (empleado del departamento de Administración de Servicios Centrales de LOOMIS), por qué se había permitido subcontratar a PROSEGUR los servicios a un cliente con contrato directo de LOOMIS, a lo que el Sr. XXX responde “[...] Esa misma pregunta te la hice yo antes de subcontratarlo”, mostrando así que las dudas entre los trabajadores de LOOMIS y PROSEGUR en lo relativo a las subcontrataciones son igual de frecuentes (folio 15999 a 16000).

Tras consultarlo con el Sr. Juan Mata (Director General Comercial de LOOMIS)¹⁰³, el Sr. XXX (LOOMIS) explica cual es el procedimiento establecido ante una solicitud de subcontratación de PROSEGUR¹⁰⁴:

“[...] Cuando Prosegur nos informa de que nos quiere subcontratar para un nuevo servicio, lo primero que hacemos es comprobar los datos del cliente:

- *Si el cliente es compartido con Loomis, consultamos su subcontratación con el comercial del cliente y con Juan Mata. Cuando nos confirman dicha subcontratación, informamos de la misma a la delegación que tiene que realizar el servicio con copia al comercial y a Juan Mata. Adjuntamos ejemplo del correo enviado para el caso de Eurest en Cádiz¹⁰⁵.*
- *Si el cliente NO es compartido, no consultamos la subcontratación y realizamos directamente el contrato con Prosegur. Luego informamos a la delegación de la realización del servicio con un correo con copia a Juan Mata [...]”.*

3.6 EL CORTE INGLÉS

Según la información disponible en el expediente de referencia, ECI venía contratando con PROSEGUR y LOOMIS los servicios de transporte y manipulación de fondos requeridos por los establecimientos de las redes de distribución comercial gestionadas por las distintas sociedades que integran el GRUPO EL CORTE INGLÉS en España¹⁰⁶.

¹⁰³ El Sr. XXX (LOOMIS) pregunta al Sr. XXX (LOOMIS) “ya y lo has hablado con JUAN ???” (folio 15999).

¹⁰⁴ Correo electrónico de 18 de noviembre de 2013 (folio 15999).

¹⁰⁵ En correo adjunto al citado correo se adjunta un documento pdf con la secuencia de correos electrónicos en la que se plasman los pasos seguidos en la subcontratación del servicio indicado (folios 16002 a 16007).

¹⁰⁶ Por ejemplo, EL CORTE INGLÉS, S.A., HIPERCOR, S.A., SFERA JOVEN, S.A., BRICOR, S.A., SUPERCOR, S.A., etc.

No obstante, a partir del 16 de diciembre de 2011¹⁰⁷, tras mantener ECI negociaciones directas con LOOMIS y PROSEGUR, la integridad de los servicios de la red de establecimientos gestionados por ECI en todo el territorio nacional pasaron a ser contratados en exclusiva con LOOMIS (folios 15237 y 15238).

Asimismo, según el citado documento, ECI y LOOMIS habían llegado al acuerdo por el que, en aquellas provincias donde LOOMIS no prestara servicios, se procedería a su subcontratación a PROSEGUR.

La habilitación a LOOMIS para la subcontratación de los servicios contratados con ECI se establece en la cláusula octava del contrato de 16 de diciembre de 2011.

Poco tiempo después de la suscripción efectiva del citado contrato, mediante correo electrónico de 20 de diciembre de 2011, bajo el asunto “Nuevo centros Grupo Corte Ingles a partir del 01/01/2012”¹⁰⁸, LOOMIS comunica a PROSEGUR que a partir de esa fecha ya no prestará los servicios de manera directa a ECI, sino mediante subcontratación con LOOMIS (folio 17916):

“[...] Os comunicamos el inicio de los siguientes centros del Grupo Corte Ingles¹⁰⁹ a partir del 1 de enero de 2012.

(Estos centros ya los estáis realizando, a partir de la fecha indicada continuareis con el servicios pero subcontratado por Loomis) [...]” (la negrita es nuestra).

El Sr. XXX (Jefe de Cámara de Gestión de Efectivo Cataluña de PROSEGUR) pregunta al Sr. XXX y al Sr. XXX, empleados de PROSEGUR, si “esto es lo pactado con loomis” y el último contesta “**Esto es más que lo pactado con Loomis....**” (la negrita es nuestra) (folios 17923 y 17925).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete “aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio” y según el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013,

¹⁰⁷ Fecha de firma del contrato vigente entre ECI y LOOMIS (folios 15672 a 15685).

¹⁰⁸ El citado correo electrónico inicia 6 secuencias de correos electrónicos, de similar contenido, incorporadas entre la documentación obrante en el expediente de referencia (folios 17916 a 17926).

¹⁰⁹ Centros de ECI, SFERA y SUPERCOR.

de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

El Consejo en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las prácticas investigadas constituyen una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en acuerdos y prácticas concertadas entre las empresas PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L., por una parte, y LOOMIS SPAIN, S.A., por otra, para el reparto del mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España, entre los años 2008 a 2015.

Asimismo, corresponde resolver a esta Sala sobre la propuesta de la Dirección de Competencia de imponer la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC por su participación directa en el diseño, supervisión e implementación de los acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas mencionadas anteriormente, a los directivos D. José Luis Illana García (PROSEGUR) y el D. Juan Miguel Mata Montejo (LOOMIS).

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, se trata en el presente expediente de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 15/2007, siendo, por tanto, esta Ley la que cabe aplicar en el presente procedimiento.

Finalmente, esta Sala se muestra favorable a la aplicación también del artículo 101 del TFUE, toda vez que las conductas de PROSEGUR y LOOMIS investigadas en el marco del expediente de referencia cumplen los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en las citadas directrices.

En primer lugar, desde el punto de vista de la oferta, los servicios de transporte y manipulación de fondos prestados por PROSEGUR y LOOMIS pueden ser prestados en España por cualquier operador que se encuentre convenientemente habilitado por la legislación de otro país comunitario.

En segundo lugar, desde el lado de la demanda, la concentración de este mercado necesariamente afecta a los clientes que solicitan estos servicios de transporte y manipulación de fondos, estén o no radicados en España, incluido los servicios de tránsito por España de envíos internacionales de fondos.

Finalmente, las prácticas investigadas son susceptibles de afectar de forma significativa a las condiciones de competencia en el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España, teniendo en cuenta que ambas

empresas tienen un volumen de negocios en este mercado superior a los 40 millones de euros.

En base a todo ello, esta Sala considera que se cumplen los criterios de posible afectación al comercio entre Estados miembros desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea de directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio intracomunitario, lo que permite la aplicación del artículo 101 TFUE a los efectos del presente expediente.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Una vez instruido el procedimiento sancionador, con fecha 8 de julio de 2016, y dentro del plazo legal y jurisprudencialmente permitido¹¹⁰, la Dirección de Competencia ha elevado a esta Sala el informe propuesta al que alude el artículo 50 de la LDC.

En el citado Informe, la Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que se declare la existencia de una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en acuerdos y prácticas concertadas entre las empresas PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L., por una parte, y LOOMIS SPAIN, S.A., por otra, para el reparto del mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España, que se han concretado en (i) un reparto entre las citadas empresas de los servicios de transporte y manipulación de fondos prestados a determinados clientes de carácter estratégico para las partes, ya sea por tipología de servicio o zona geográfica, así como (ii) en el reparto de otros clientes que solicitan los citados servicios.

Según la Dirección de Competencia, ambos tipos de reparto obedecen a una estrategia y finalidad común y tienen como objeto y efecto, al menos potencial, eliminar la competencia entre las partes en relación con sus clientes estratégicos y, por lo tanto, actúan como un verdadero pacto de no competencia entre LOOMIS y PROSEGUR.

Este reparto de mercado, sigue señalando la citada Dirección, se ve favorecido por la existencia de un duopolio de LOOMIS y PROSEGUR en el mercado de transporte y manipulación de fondos en España, especialmente en la Península, lo que les permite disciplinar la capacidad negociadora de esos clientes estratégicos y eliminar a potenciales competidores, impidiendo su entrada o expansión en el citado mercado.

Por todo ello, la Dirección de Competencia considera que la conducta prohibida supone una infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.

¹¹⁰ Véase la Sentencia de la AN de 20 de junio de 2015

Asimismo, como ya se ha señalado, la citada Dirección ha solicitado que se imponga a dos directivos la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC por su participación directa en el diseño e implementación de los acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas mencionadas anteriormente.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1 Sobre la existencia de una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE consistente en acuerdos y prácticas concertadas para el reparto del mercado de transporte y manipulación de fondos en España

A la vista de los hechos acreditados en la presente resolución, esta Sala considera que las partes, efectivamente, han llevado a cabo una conducta consistente en repartirse el mercado de transporte y manipulación de fondos en España desde, al menos, el año 2008 y hasta, al menos, el año 2015, que supone una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Dentro de las prácticas prohibidas por el artículo 1.1 de la LDC se encuentran los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas o conscientemente paralelas, consistentes en el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento y que tengan por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.

Por su parte, el artículo 101.1 del TFUE, en parecidos términos, proclama la prohibición de *“los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior [...]”*.

Como ya ha señalado en anteriores ocasiones esta Autoridad de Competencia¹¹¹, un acuerdo anticompetitivo puede ser un acto aislado pero más frecuentemente, en particular en estos supuestos de reparto del mercado, se trata de acuerdos y prácticas concertadas multiformes, compuestos por una serie de actos o conductas que conforman un plan general, en este caso, repartirse los servicios y clientes durante un prolongado periodo de tiempo.

Tal como como se desprende de los hechos acreditados, las estrategias de las partes para repartirse el mercado han sido varias, adaptando las mismas en función del tipo de contrato o de servicio, o del cliente a quien debían prestar el servicio. Así, se constata, por un lado, un reparto de servicios de clientes estratégicos, en la mayoría de los casos de los lotes en los que se dividen los contratos, y por otro lado, un reparto de clientes a través de la preservación de los servicios a favor de una de las empresas.

¹¹¹ Véase al respecto, la Resolución de la CNC de fecha 18 de enero de 2010 (S/14/07 Gestión de Residuos Sanitarios).

Para ello, no se hace necesario acreditar la existencia formal de un acuerdo escrito y expreso de las partes, toda vez que la coordinación entre LOOMIS y PROSEGUR queda evidenciada en el intercambio de información que las empresas se proveen, en las manifestaciones de los propios empleados contenidas en los correos electrónicos, y además, en la actitud adoptada por LOOMIS y PROSEGUR en el mercado, que denota la existencia de un acuerdo previo, o cuanto menos de una concertación de actuaciones de cara a respetar la posición del rival en el mercado. En este sentido, cabe destacar que las partes han conseguido arraigar de tal manera su comportamiento, que para la celebración de determinados contratos ni siquiera necesitarían de acuerdos previos para adoptar una determinada postura en el mercado frente al rival, toda vez que simplemente se limitan a mantener su cuota de participación preexistente al nuevo contrato que es conocida y respetada por el competidor.

Si bien el reparto del mercado se ha llevado a cabo de diversas maneras, la finalidad ha sido la misma, eliminar la competencia entre las partes en relación con sus clientes estratégicos a través de un pacto de no competencia y de no agresión, que ha permitido a ambas empresas eliminar la presión competitiva entre ellas, preservar y mantener prácticamente inalterada su posición en el mercado durante un prolongado periodo de tiempo, y excluir al resto de competidores presentes o potenciales.

Analizamos a continuación las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por PROSEGUR y LOOMIS, mostrando únicamente algunos ejemplos que permiten contrastar las consideraciones de esta Sala, sin perjuicio de la conveniencia de acudir al resto de hechos acreditados puestos de manifiesto en esta resolución y en el expediente para tener una visión global de la conducta.

- *El reparto de los servicios de los clientes estratégicos*

Este tipo de reparto se ha llevado a cabo, principalmente, en los contratos con entidades públicas y privadas que prefieren, por norma general, diversificar el contrato para que sus servicios sean prestados por dos empresas.

En este sentido, **la coordinación de ofertas entre LOOMIS y PROSEGUR en los procedimientos de licitación** ha sido práctica habitual durante todos estos años en los supuestos en que concurre un cambio de las circunstancias preexistente en relación con un determinado cliente, ya sea porque simplemente, por lo que fuere, prefiere realizar un nuevo contrato, ya sea porque como consecuencia de la modificación de la estructura empresarial se produce una reordenación de los servicios que implica modificar las condiciones contractuales preexistentes (caso paradigmático es el de las entidades financieras).

Con la previa coordinación, las partes han podido presentar ofertas “a la carta”, con la finalidad de repartirse y preservar los lotes de los contratos a los que se presentaban y poder así mantener la cuota de participación preexistente ante un cambio de las circunstancias.

A modo de ejemplo, en el concurso organizado por METRO MADRID (apartado 1.1 de los hechos probados) queda evidenciada una coordinación entre las partes para el reparto de los lotes del contrato, con carácter previo a la presentación de ofertas, tal y como muestra el correo electrónico interno de LOOMIS (folios 15995 a 15996):

“[...] En cuanto al concurso de Metro.

*Te remito la tabla que te envié el otro día a la que he estado incorporando una 3ª pestaña que llamo Decisiones licitación en la que **sale claramente los lotes que debemos dejar que se lleve Prosegur, ofertando para ellos el precio máximo [...]**” (la negrita es nuestra).*

En el documento Excel adjunto al citado correo se establecía la reserva de los lotes 1,2, 4 y 6 a LOOMIS y los lotes 3 y 5 a PROSEGUR¹¹².

El contenido del correo electrónico transcrito evidencia, a juicio de esta Sala, una situación que se repite con la mayoría de clientes de este tipo, que es la existencia de un reparto previo de los lotes por parte de ambas empresas, eliminándose toda competencia a la hora de concurrir al concurso. Llama la atención la seguridad con la que LOOMIS considera que el hecho de ofertar el precio máximo supone perder el lote, cuando en realidad la incertidumbre en relación con la resolución del concurso debería permanecer hasta la apertura de las ofertas.

Igualmente, en el caso de la contratación de los servicios por parte de TMB (apartado 1.2 de los hechos probados), el correo electrónico que el responsable comercial de la Zona Este de PROSEGUR envía a varios trabajadores de la empresa muestra cómo se ha llevado a cabo una coordinación previa entre las empresas, facilitada por el propio cliente, de cara a repartirse el contrato con la entidad pública de transportes (folio 16144):

*“A este mail cabe añadir otro gran ejemplo que se produjo en septiembre de 2008. El cliente metro de bcn era exclusivo de prosegur. Dado que manifestaron que querían dos empresas, **coordinamos la operación para que perdiésemos nosotros el 20% dando entrada a loomis; [...] el cliente tiene lo que quería: las dos mejores trabajan para el y por tres años prorrogables otros tres, cerrando puertas y ganando todos.***

Viene bien recordarlo a quien haga falta.!!!! ” (la negrita es nuestra)

La finalidad es clara, repartirse el contrato y excluir con ello al resto de competidores: *“cerrando puertas y ganando todos”*.

Esta misma tipología de reparto, la encontramos en la contratación del servicio con el GRUPO CORREOS (SP140006) (apartado 1.3 de los hechos probados),

¹¹² Debe tenerse en cuenta que el documento Excel también fue recabado en formato papel en la inspección de LOOMIS e incorporado al expediente en los folios 16045 a 16047)

donde queda patente, a la luz de los documentos recabados en la sede de LOOMIS en la inspección domiciliaria y los documentos recabados en la sede de PROSEGUR, que tanto LOOMIS como PROSEGUR sabían a qué lotes se iba a presentar cada uno con carácter previo a la adjudicación y no ofertaron a los lotes preasignados al rival (folios 17810), o en el caso de los concursos de AENA en los que PROSEGUR llega a afirmar que **“ya sabemos que está Loomis, con lo cual habrá que respetarlos”** (la negrita es nuestra) (folio 16142), o EUSKOTREN, cuando se llega a señalar que **“la única competencia es Loomis pero entiendo que nos deben cubrir”**(folio 17956).

Obsérvese, como en las relaciones con el GRUPO CORREOS vuelve a expresarse uno de los objetivos del reparto entre las partes, cuando en un correo de PROSEGUR se señala que **“La idea ayudar a correos en la preparación del pliego e intentar la exclusión de otros operadores”** (folio 16151).

La previa coordinación de las ofertas ha permitido a las partes adoptar posturas encubiertas a los efectos de resguardar la posición de las mismas en relación con los servicios a prestar y mantener así la apariencia de legalidad del procedimiento. Ejemplo de ello, lo encontramos en el ya citado concurso de METRO MADRID, en el que LOOMIS decide ofertar un precio máximo para determinados lotes sabedor que con ello perderá el lote y será adjudicatario de los mismos PROSEGUR, dando así cumplimiento al previo acuerdo de reparto del contrato: **“sale claramente los lotes que debemos dejar que se lleve Prosegur, ofertando para ellos el precio máximo [...]”**(la negrita es nuestra). En el caso del contrato con el GRUPO CORREOS, lo que realizan las empresas es una supresión de ofertas. Así, previo reparto de los lotes entre las empresas, éstas habían decidido no presentarse a las que no le correspondían, tal como afirma PROSEGUR: **“en los lotes que no hacemos, no vamos a ir con tarifa alguna”** (folio 17810).

Este tipo de actuaciones consistentes en simular una postura procompetitiva en los procedimientos de licitación no son ajenas a las autoridades de competencia. En los repartos de mercado anticompetitivos en licitaciones públicas es frecuente observar este tipo de estrategias. En este sentido, la CNC ya ha puesto de manifiesto¹¹³ que las posturas encubiertas o la supresión de ofertas en los procedimientos de licitación son “técnicas de colusión comunes” para imponer la oferta ganadora previamente acordada.

Incluso, el Tribunal Supremo¹¹⁴ ha señalado que estas conductas, por sí mismas, sin más elementos probatorios adicionales ni una justificación verosímil de las empresas, suponen un claro indicio de la existencia de un reparto del mercado.

¹¹³ En su informe “Guía sobre la contratación pública y competencia”, cita varios expedientes en los que se han producido este tipo de conductas: Ascensores (Comisión Europea. IP/07/209); Gestión de residuos sanitarios (Resolución CNC (Expte. S/0014/07 Gestión de Residuos Sanitarios); Mudanzas (Comisión Europea. IP/08/415).

¹¹⁴ Sentencia de fecha 15 de julio de 2002

“es cierto que los operadores económicos pueden, a la hora de presentar sus ofertas, hacerlo de modo que se adelanten al comportamiento previsible de los demás licitadores; es igualmente cierto que, en determinados casos, no podría excluirse que la uniformidad de las ofertas tenga otra explicación distinta de la previa concertación, vistas las características de algún mercado singular en un concreto período de tiempo.

Sin embargo, cuando –como ocurre en este caso– no se aporta ninguna otra explicación satisfactoria y las alegadas resultan inverosímiles a la vista de las circunstancias de hecho existentes, la identidad de ofertas paralelas, coincidentes siempre en los mismos lotes y sublotes por parte de los mismos licitadores, bien puede reputarse como indicio suficiente para apreciar la existencia de una previa concertación, legalmente prohibida, entre aquéllos”.

En este caso, como ya se ha señalado, este tipo de actuaciones vienen acompañadas de otros elementos de prueba adicional que no hacen más que aportar mayor consistencia probatoria a los hechos.

Pero el reparto del mercado no se ha producido únicamente en relación con los servicios prestados a las entidades de carácter público, sino que existen otros escenarios en los que LOOMIS y PROSEGUR han coordinado sus ofertas de servicios a los clientes con carácter previo a la adjudicación de los mismos por cada cliente, siendo el ejemplo más claro el de las entidades financieras.

Como ya se ha señalado anteriormente, las principales entidades financieras que operan en España vienen contratando la prestación de los citados servicios con varios operadores, en lugar de confiar su gestión a un único operador.

A tales efectos, estas entidades suelen solicitar la prestación de los servicios de transporte y manipulación de fondos mediante procedimientos sistematizados similares a las licitaciones organizadas por las administraciones públicas¹¹⁵, en los que los servicios a contratar son ofertados en lotes, normalmente de carácter geográfico, con lo que se permite dotar de un cierto grado de competencia a un mercado fuertemente concentrado.

La situación derivada de estos procesos desarrollados en el seno de las entidades financieras es análoga a la descrita anteriormente para los procesos de contratación convocados por determinados clientes estratégicos, es decir, ante un cambio de las circunstancias preexistentes en el mercado, PROSEGUR y LOOMIS conciertan su actividad frente a la entidad financiera de cara a mantener su posición con el cliente.

¹¹⁵ Por ejemplo, CAIXABANK (folio 3567), BANCO SABADELL (folios 14685 a 14686), BANCO SANTANDER (folio 1040), BBVA (folio 1650), BANCO POPULAR (folio 2642), BANKIA (folio 3022 a 3023) y LIBERBANK (folios 1275 a 1276 y folio 1463).

Así se observa, a modo de ejemplo, en los casos de la integración de Banca Cívica en CAIXABANK y de la reestructuración de NOVAGALICIA BANCO, entidad actualmente perteneciente a ABANCA.

En ambos casos, LOOMIS y PROSEGUR se repartieron los servicios de las entidades sometidas a reestructuración bancaria y, en ambos casos también, consiguieron que los acuerdos de reparto de oficinas alcanzados entre las empresas competidoras fueran elevados a categoría contractual por parte del cliente.

En el caso de NOVAGALICIA, se llega a señalar que “[...] **Están de acuerdo en arreglaros entre vosotros de manera que no “afecte” a nadie”. Eso sí, su deseo sería hacerlo de forma progresiva para que no se note mucho**” (folio 15937). (la negrita es nuestra)

En el caso de la reestructuración de CAIXABANK consta en los hechos, por ejemplo, como uno de los empleados de PROSEGUR, mediante un correo electrónico dirigido a CAIXABANK y a otros dos empleados de la citada compañía (siendo uno de ellos al Sr. José Luis Illana, Director de LVGE en España), envía un documento adjunto en formato Excel, titulado “*Caixabank Acuerdo Julio 2012 – DEFINITIVO 2*” (folios 17968 y 17970), el cual, según el cuerpo del citado correo, contiene “*los ficheros de oficinas que componen el acuerdo con Loomis en Catalunya y Madrid*” (folios 17967 y 17970).

Cabe señalar al respecto, que el acuerdo anticompetitivo existe con independencia de la participación o facilitación del acuerdo por parte del cliente. En este caso, la intervención de la entidad financiera sirve para procurar a las partes un escenario para que se repartan sin disimulo el contrato. Así, el interés público en preservar una situación de competencia en el mercado de transporte y manipulación de fondos en España, debe prevalecer ante la postura de un cliente consistente en permitir y facilitar el acuerdo, por lo que no cabe excluir aquí la responsabilidad de las partes, que además sabían perfectamente (o debían saber) que ello constituía un reparto del contrato anticompetitivo. El escenario dotaba a las empresas de suficiente grado de autonomía o libertad para optar por la opción lícita, en lugar de incurrir en la conducta prohibida.

Pero es que, además, tal como consta en los hechos, en algunos casos son las propias empresas LOOMIS y PROSEGUR las que toman la iniciativa para el reparto del mercado, tal como demuestra el correo transcrito anteriormente fechado el 16 de diciembre de 2011 en relación con el reparto de los servicios de NOVAGALICIA BANCO:

“Estas son las objeciones que han puesto, si bien, me “piden” verlo y comentamos. Ya ves que Asturias, con el argumento de que ellos ya hacían 16 y vosotros 2, no quieren dejarlo. En el caso de Valladolid y Palencia, dado que Inditex ingresa en estos sitios y ya existe SDA, poder cerrar una dejando la actual de ellos.”

Compensarían esto con Valencia, Alicante o similar. Te remito fichero con los cambios.

En cuanto comenten algo hablamos, pero que están de acuerdo en arreglarlos entre vosotros de manera que no “afecte” a nadie. Eso sí, su deseo sería hacerlo de forma progresiva para que no se note mucho.” (folio 15937).

La existencia de un reparto de los servicios entre las partes, se observa igualmente en otro tipo de estrategias de **preservación de la cuota de servicios con respecto a determinados clientes.**

Ejemplo de ello lo encontramos en las licitaciones nº 6011400017 y nº6011400055 de METRO MADRID en las que se aprecia un boicot por parte de LOOMIS y PROSEGUR frente al cliente que les permite mantener la cuota preexistente (apartado 1.1 de los hechos probados).

En relación con el primer procedimiento citado, pese a que METRO MADRID intentó por todos los medios celebrar el contrato con ambas entidades, éstas declinaron presentar ofertas al mismo. Obligada por las circunstancias, METRO DE MADRID convocó un nuevo procedimiento el 4 de abril de 2014 (expediente de licitación nº 6011400055). En este nuevo procedimiento no cambian los lotes, sino la fórmula para presentar ofertas, de tal manera que la entidad convocante del concurso decide que LOOMIS y PROSEGUR no sólo compitan por los lotes, sino que también compitan en precios a través del mecanismo de subasta y teniendo en cuenta las ofertas presentadas a los distintos lotes por parte de cada operador.

Esta competencia en precios introduce un elemento distorsionador en las ofertas que LOOMIS y PROSEGUR habían venido presentando, tal y como pone de manifiesto un miembro de PROSEGUR “[...] *OJITO con este texto [...]*” (folio 18071).

Finalmente, ambas entidades optaron nuevamente por no presentar oferta.

Este boicot muestra la capacidad de presión que LOOMIS y PROSEGUR tienen sobre el cliente, ya que, ante la imposibilidad de lograr una oferta que satisfaga a ambas, METRO DE MADRID se ve obligada a prorrogar los servicios contratados previamente, y permite que las partes mantengan su cuota preexistente.

En el caso de GRUPO CORREOS, también se puede afirmar que LOOMIS y PROSEGUR han tratado de preservar una cuota en el cliente lo más simétrica posible desde el punto de vista del reparto entre ambas del monto económico de la licitación.

Así se deduce del documento Excel denominado “Lotes” (folio 17550) en el que LOOMIS, al hacer una valoración interna de las tarifas que podrían ofertarse al concurso de CORREOS organizado en el año 2014 bajo la nomenclatura SP140006, asigna un precio a sus lotes muy superior al asignado al resto de lotes que pertenecían a PROSEGUR.

Este incremento de precio en los lotes comprometidos es consistente con el reparto del operador en volumen de ingresos, ya que LOOMIS presta un tercio del valor de los servicios licitados por GRUPO CORREOS, mientras que PROSEGUR presta el resto.

Estos aumentos de precio de los lotes en la adjudicación del segundo concurso contrastan con el precio de adjudicación que alcanzaron los lotes adjudicados en el primer concurso, correspondientes a Baleares y Canarias, a los que concurrió PROSEGUR con terceros operadores (apartado 1.3 de los hechos probados).

Otro ejemplo es el del BANCO POPULAR. Durante el periodo 2009-2015 y, según la propia entidad bancaria, la cuota de reparto de servicios de LOOMIS y PROSEGUR con respecto al cliente se mantuvo en un 15%-85% por volumen de facturación, en virtud de los contratos que la entidad financiera había firmado con las partes en el año 2003 y que se renovaban con carácter tácito. Esta estructura de facturación entre PROSEGUR y LOOMIS se mantuvo pese a la asignación de un mayor número de nuevos servicios a la primera que a la segunda como consecuencia de la integración del Banco Pastor en el año 2012 (folio 2850).

De acuerdo con este escenario, parecería lógico que PROSEGUR y LOOMIS hubieran alterado su cuota en cuanto a volumen de ingresos y, sin embargo, las diferencias sustanciales (superiores a cinco puntos porcentuales) en las actualizaciones tarifarias que LOOMIS y PROSEGUR pactaron con BANCO POPULAR, hicieron que el volumen de ingresos obtenido por ambas entidades del clientes se mantuvieran estables.

En relación con el BANCO SANTANDER, pese a que la entidad intentó establecer escenarios alternativos y modificó el procedimiento de subasta para lograr un mayor grado de competencia entre LOOMIS y PROSEGUR, las entidades mantuvieron la cuota de servicios que venían prestando a la entidad bancaria con anterioridad: PROSEGUR (80%) y LOOMIS (20%), por lo que puede afirmarse que ésta se ha mantenido inalterable, al menos, desde el año 2012. Ello demuestra, una vez más, la fuerte posición de las partes frente a sus clientes.

Igualmente es de destacar, en relación con estas prácticas de mantenimiento de cuota, la relación de las empresas con MERCADONA, que optó por un procedimiento de negociación directa con LOOMIS y PROSEGUR. Pese a ello, el mantenimiento del *statu quo* entre ambas entidades ha venido propiciado por la distribución de las nuevas aperturas, que ha configurado un reparto de cuota del cliente entre ellas de un 75% LOOMIS y un 25% PROSEGUR (apartado 3.1 de los hechos probados).

MERCADONA ha intentado negociar de manera activa una ruptura de esta estructura, pero no ha obtenido ningún cambio en el reparto del cliente.

Así se observa en el correo interno de PROSEGUR relacionado con un problema de servicio con LOOMIS en el que el empleado manifiesta lo siguiente:

“[...] nuestra postura no será proactiva, eso sí, estaremos siempre muy cerca de ellos para lo que puedan necesitar como el caso Castellón.

*[...] Como le hemos manifestado en diferentes ocasiones **la no pérdida de cuota porcentual debería venir por las nuevas aperturas**¹¹⁶.” (folio 18015).*

Es decir, que PROSEGUR no va a intentar captar ningún servicio que en esos momentos viniera siendo atendido por LOOMIS y sólo en caso de que MERCADONA abriera nuevas tiendas podría aumentar su cuota.

En definitiva, las partes han conseguido a través de su conducta mantener una cuota de servicios estables desde el año 2008 con la mayoría de sus clientes, que se traduce, a su vez, en un mantenimiento estable de la cuota de mercado, tal como refleja el siguiente cuadro:

Mercado nacional de servicios de transporte y manipulación de fondos¹¹⁷					
(cuotas por facturación en %)					
	2008	2009	2010	2011	2014
LOOMIS	43	40,3	40,5	40,2	
Cuota Conjunta Loomis+Efectivox	45,5	43,4	45	45,2	40-50%
PROSEGUR	50,6	52,5	51,3	51,5	45-55%

Fuente: CNMC (Expedientes C/416/11 y C/0708/15)

Este mantenimiento estable de la cuota e identidad de servicios, es además, un claro efecto de la existencia de un reparto del mercado sostenido en el tiempo, tal como veremos en el apartado correspondiente de la presente resolución.

- *El reparto de los clientes a través de la preservación del servicio*

Las estrategias de reparto se han ido adaptando a la tipología de clientes y de contratos, por lo que en el caso de servicios a clientes dedicados al comercio minorista y cuyas preferencias, a diferencia de las anteriores, es la de contratar una única empresa para los servicios de transporte de fondos, las partes se han repartido el cliente a través del uso abusivo e injustificado de la figura de la subcontratación como estrategia para que la empresa cuyos servicios han sido prescindidos por el cliente pueda continuar prestándolos indirectamente y mantener así su cuota intacta.

LOOMIS y PROSEGUR, cuando prestan de manera exclusiva los servicios de transporte y manipulación de fondos a un cliente estratégico y parte de esos servicios ya los venía realizando el competidor, preservan esta asignación de servicios y únicamente pueden ganar cuota en el cliente con base en una ampliación de la red del cliente demandante.

¹¹⁶ Negrita añadida por esta Sala.

¹¹⁷ No se disponen datos de los años 2012, 2013 y 2015.

El caso más evidente en el que se muestra esta práctica es el de El Corte Inglés (apartado 3.6 de los hechos probados), ya que cuando en el año 2011 decide contratar a LOOMIS como proveedor exclusivo de servicios (en detrimento de PROSEGUR), se acuerda entre LOOMIS y PROSEGUR que este último continúe prestando los servicios por medio de la subcontratación de los mismos. Así queda evidenciado en el siguiente correo electrónico que consta en los hechos acreditados:

“[...] Os comunicamos el inicio de los siguientes centros del Grupo Corte Inglés a partir del 1 de enero de 2012.

(Estos centros ya los estáis realizando, a partir de la fecha indicada continuareis con el servicios pero subcontratado¹¹⁸ por Loomis) [...]. (folio 17916).

En relación con el cliente LIDL (apartado 3.2.2 de los hechos probados) aparece claramente consignado que PROSEGUR sólo puede ganar cuota en la prestación del servicio cuando se produce la apertura de un nuevo establecimiento, tal y como muestra la conversación mantenida por los empleados de PROSEGUR (folio 16171):

*“[...] Creí entender que había orden de **no asumir nada nuevo...y seguir pasándolo a Loomis si se trata de cliente existente¹¹⁹ [...]***”.

*“[...] pensando en argumentarle a Loomis (si se daba cuenta y nos decía alguna cosa) que pensábamos que era una tienda nueva.... , pero nos hemos equivocado y **al final también le comunicamos el reinicio de los servicios al propio Loomis [...]**”* y recordando *“[...] que las nuevas aperturas de LIDL en Málaga ya las está haciendo Prosegur¹²⁰”*.

Es interesante observar como lo que subyace de los correos electrónicos es que las partes deciden no competir únicamente cuando se trata de servicios preexistentes, lo que a *sensu contrario* implica un reconocimiento implícito de la existencia de capacidad suficiente para prestar servicios sin necesidad de hacer uso de la subcontratación de los servicios.

Sin embargo, esta preservación de servicios no sólo se basa en criterios de servicios concretos preexistentes, sino que, sobre todo se basa en criterios geográficos.

Las propias LOOMIS y PROSEGUR han reconocido que la subcontratación de servicios en determinadas zonas geográficas es recurrente, tal y como ocurre con la subcontratación de PROSEGUR a LOOMIS en las zonas de Cádiz, Málaga,

¹¹⁸ Negrita añadida por esta Sala.

¹¹⁹ Negrita añadida por esta Sala.

¹²⁰ Negrita añadida por esta Sala.

Huelva y Región de Murcia, independientemente de si cuenta o no con capacidad propia para prestar los servicios de transporte y manipulación de fondos en esas áreas geográficas.

Ejemplos claros de esta asignación geográfica de servicios los encontramos con ALDI (apartado 3.2.1 de los hechos probados), en los que los servicios de la provincia de Málaga los presta LOOMIS, pese a que PROSEGUR ya tenía delegación propia en la zona y prestaba servicios directos a otros clientes a través de misma (folios 16136 a 16138). En un correo del año 2011, uno de los empleados de PROSEGUR llega a manifestar lo siguiente:

*“[...] A veces las cosas son así y no quieren verlas de otro modo ya que están forzando que Prosegur actúe de verdad como único titular; este cliente ya **me ha pedido varias veces prescindir de la subcontrata en Málaga y Murcia donde sabe que hacemos servicio a otros clientes de forma directa...** Cuanto menos ruido haga loomis, mejor para todos.... [...]”¹²¹.*
(folio 16212).

Se da la paradoja de que incluso los propios trabajadores de las empresas muestran su desconcierto y disconformidad ante la situación, tal como muestran esta serie de correos electrónicos entre empleados de PROSEGUR:

“[...] Te informo de una cosa rarita, por un tema de Lidl he llamado a Málaga y me ha preguntado porque no hacemos este servicio que te adjunto de ALDI EN Málaga le digo que esta equivocado que desde que se abrió la delegación de Málaga todo lo hacemos nosotros.

PERO... he hablado con Servicios Comerciales y me dice que es correcto que todo lo hace LOOMIS.

*No entiendo nada. Será por los ingresos que es Popular
????????????????????????????????????*

PERO SI ALDI NO QUIERE TRABAJAR CON LOOMIS NO?” (folio 16137)

“No es ningún error. Todos los ALDI en Málaga los está haciendo Loomis. Si tengo que cambiar el criterio necesito que XXX nos de instrucciones claras y concretas sobre los servicios nuevos que surjan en Málaga y Murcia. No puede ser que unos centros del mismo cliente los haga Loomis y otros nosotros. Y si tiene que ser así, insisto, Servicios Comerciales debe recibir instrucciones de XXX (folio 16137).

“[...] nuestro cliente ALDI manifestó por escrito su voluntad de evitar en lo posible la subcontratación con Loomis allí donde nos fuera posible. En concreto en Málaga donde sabe que hemos abierto nuestra propia delegación [...]”, manifestando seguidamente que, “[...] servicios comerciales parece tener orden de adjudicar a Loomis las nuevas aperturas

¹²¹ Negrita añadida por esta Sala.

de este cliente, aún contra sus deseos ... y los nuestros [...]" (folios 16136 a 16137).

Una queja parecida, y una evidencia de que las partes tenían capacidad suficiente para prestar los servicios sin necesidad de acudir a la figura de la subcontratación, en este caso en la Región de Murcia, se produce en relación con el servicio con TÜV RHEINLAND IBERICA. El Jefe de Tráfico de la delegación de PROSEGUR en Albacete considera incomprensible que los servicios a prestar en la localidad de Caravaca de la Cruz se hayan subcontratado a LOOMIS, pudiendo ser prestados directamente con las operativas ordinarias implementadas por la delegación de Albacete, expresándose en los siguientes términos¹²²:

"[...] Salvo error u omision, sobre el asunto de Tuv Rheinland sito en Caravaca de la Cruz (Murcia), nadie nos ha consultado ni la operativa ni la sectorizacion que tenemos en esa poblacion en LV. Y que se realiza desde la Delegacion de Albacete.

Desconozco los términos comerciales que tenemos establecidos y que han conllevado a subcontratar con Loomis, pero nosotros pasamos a excasos 50 metros de Tuv Rheinland Caravaca de la Cruz (Murcia), todos los Jueves [...]" (la negrita es nuestra)

En el caso del cliente MIQUEL ALIMENTACIÓ (apartado 3.3 de los hechos probados), es el cliente quien solicita que sea PROSEGUR quien preste el servicio directamente sin subcontratarlo con LOOMIS. Pese a esta solicitud del cliente, y puesto que determinadas zonas geográficas ya estaban siendo operadas por LOOMIS, PROSEGUR concluye que

"[...] se pacte con LOOMIS la realización del mismo en las zonas ya subcontratadas (a pesar del deseo del cliente...) ya que el contrato establece PENALIZACIONES por incumplimiento operativo [...]"¹²³ (folio 17850). (la negrita es nuestra)

Este correo también refleja, como bien ha señalado la Dirección de Competencia, que los contratos de subcontratación y las reuniones operativas se utilizan para reforzar e implementar los repartos de mercado, incluso frente a clientes que desean contratar con un único proveedor de servicios de transporte y manipulación de fondos en España.

Estas estrategias de cooperación sin que exista una justificación objetiva para acudir tan frecuentemente a las mismas, pese incluso a la negativa del cliente, no supone una actuación racional por parte de empresas que compiten en un mismo mercado, toda vez que se permite al rival directo seguir manteniendo un servicio que había perdido y además implica una pérdida de ingresos por parte de la empresa contratista, ya que debe hacer frente al pago de la subcontrata.

¹²² Correo electrónico de 15 de enero de 2014 (folios 18032 a 18033).

¹²³ Negrita añadida por esta Sala.

En este sentido, resulta particularmente significativo como los hechos evidencian que incluso las partes llegan a acordar que, al menos en determinados supuestos, el precio de la subcontrata sea el mismo que el cobrado al cliente, lo que implica que la empresa contratista, pudiendo prestar el servicio, prefiere subcontratarlo a su inmediato competidor y además no obtiene ningún beneficio económico de ello (folios 17931 y 17932).

No existe, a juicio de esta Sala, una justificación objetiva que permita concluir que las empresas estaban necesitadas de acudir tan frecuentemente a la subcontratación de servicios, sobre todo teniendo en cuenta su capacidad operativa y económica y su gran implantación en las zonas en las que se han producido las subcontrataciones.

La subcontratación entre PROSEGUR y LOOMIS podría tener cierta aceptación, desde el punto de vista del derecho de la competencia, si hubiese existido una necesidad puntual de las partes para acometer un determinado servicio, por falta de capacidad operativa en relación con un determinado servicio o con una determinada zona de reparto. Pero en este caso, como ya ha puesto de manifiesto la Dirección de Competencia, ambas partes tienen cobertura prácticamente en todo el territorio español y, en particular, en las zonas en las que se ha recurrido a esta forma de colaboración entre las empresas. Prueba de ello, sin duda, son las propias manifestaciones de los empleados de las empresas en las que, incluso, muestran extrañeza ante la actitud de las empresas de acudir sin ningún tipo de racionalidad económica y operativa a la subcontratación.

A modo de ejemplo, cabe citar las siguientes expresiones: “*A lo mejor la solución es hacer nosotros los servicios en Málaga, que ya tenemos delegación [...]*” (folio 16096) o “*los servicios deberíamos realizarlos nosotros, la delegación de Malaga necesita volumen que permita amortizar la inversión realizada y si seguimos dándole volumen a la competencia lo tenemos muy complicado*” (folio 16136), o “*desconozco los terminos comerciales que tenemos establecidos y que han conllevado a subcontratar con Loomis, pero nosotros pasamos a excasos 50 metros de Tuv Rheinland Caravaca de la Cruz (Murcia), todos los Jueves*” (folios 18032 a 18033).

En definitiva, la subcontratación abusiva por parte de las empresas no parece obedecer a una lógica empresarial y económica coherente, por cuanto no se atisba una necesidad objetiva de las empresas de auxiliarse por la falta de capacidad para participar de manera individual en los contratos que les son adjudicados, y ello, añadido al resto de estrategias utilizadas por las partes, refuerza la idea de que nos encontramos ante la utilización fraudulenta de la subcontratación con el fin de repartirse el mercado (o no competir), lo que conlleva además acuerdos de precios y una constante compartición de información sensible entre las empresas competidoras.

- Intercambio de información estratégica

En efecto, cabe añadir que este reparto del mercado lleva aparejado, además, un constante intercambio de información estratégica entre las partes, facilitándose entre ellas datos tales como borradores de las propuestas a presentar en las licitaciones, incluidas las técnicas y económicas, las estrategias de carácter operativo o los precios finales de clientes, como sucede en el caso de la subcontratación, que en un entorno de normal competencia no se hubiese producido entre empresas que compiten en el mismo mercado.

A modo de ejemplo, encontramos el correo electrónico (asunto “RV¹²⁴: *Enviando por correo electrónico: METRO PLIEGO PARTICULAR (2).doc*”, que el Sr. XXX (PROSEGUR) envía a la Sra. XXX (Departamento de facturación de PROSEGUR) y que contiene una comparativa de los precios que PROSEGUR y LOOMIS (resaltado en rojo) han aplicado para cada uno de los conceptos en los que se desglosa el servicio de transporte y manipulado del metro de Barcelona (folios 16189 a 16191). Es de destacar, que el Sr. XXX afirma en el correo que “**esto lo pasa loomis [...]**” (la negrita es nuestra) (folio 16188).

Otro claro ejemplo de la existencia de un intercambio de información lo encontramos en relación con el servicio a MERCADONA. PROSEGUR utiliza los datos reales de la facturación de LOOMIS a MERCADONA en el documento denominado “*Informe comparativo Prosegur Loomis*” que se incluye como documento adjunto al correo electrónico de 25 de octubre de 2013 con el asunto “informe Loomis”, que el Sr. XXX, Director de Negocio de la Zona Este de PROSEGUR, envía a diversos directivos de la compañía (folios 17394 a 17395).

El citado informe aborda extremos tan comercialmente sensibles para LOOMIS como los siguientes:

- Conceptos y montos tarifarios, que permiten a PROSEGUR establecer una comparativa real entre lo cobrado por ambas compañías a MERCADONA.
- La razón de la que deriva la diferencia tarifaria entre los dos prestadores de servicios. En particular, el informe establece que “El diferencial actual proviene del incremento de 2013 proviene del incremento de 2013, en el que Prosegur aplica [...] de IPC y Loomis en el último momento se descuelga aplicando el 1.75 %, para conseguir Navarra (Zona nueva)”.

Las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal¹²⁵ establecen que cualquier intercambio de información cuyo objetivo sea la restricción de la competencia se considerará una conducta restrictiva de la competencia por su objeto.

¹²⁴ El documento había sido enviado por el Sr. José Luis Illana (PROSEGUR) al Sr. XXX (PROSEGUR).

¹²⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114%2804%29&from=ES>

Las Directrices citan como ejemplo de información estratégica aquélla referida a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones o rebajas), listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas de I+D y los resultados de estos.

Así, cuando este tipo de información considerada estratégica, cuya confidencialidad suele ser reclamada por las propias empresas¹²⁶, es compartida entre competidores, se reduce la autonomía e independencia de actuación en el mercado por parte de las empresas, y ello redundan negativamente en los mercados y, en particular en los consumidores finales, razón por la que este tipo de prácticas de intercambios de información son perseguidas y sancionadas habitualmente por las autoridades de competencia.

En particular, merece especial atención la información intercambiada en los procedimientos de contratación pública, los cuales se rigen, entre otros, por el principio de concurrencia, confidencialidad e igualdad de trato a todos los licitadores, y esta es una circunstancia que se traduce necesariamente en la necesidad de establecer un procedimiento formalista de obligado cumplimiento por las partes.

Estos principios exigen, entre otros aspectos, que las proposiciones presentadas por las partes deban ser secretas, arbitrándose los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública. Precisamente para garantizar este secreto, las normas de contratación disponen que estas proposiciones se deban presentar en “sobre cerrado”, que no podrá abrirse hasta el acto público previsto al efecto.

Por tanto, el hecho de que las partes hayan pactado previamente las condiciones necesarias para concurrir a los concursos ofertados por las entidades públicas, y también privadas ya que muchas de ellas han establecido procedimientos de contratación análogos a los públicos, supone una quiebra de la lógica que debe imperar en este tipo de procedimientos. Lo contrario, como ha sucedido, forma parte de la estrategia llevada a cabo por las empresas del sector orientada a desvirtuar la competencia hasta el punto de eliminarla.

En todo caso, si bien este intercambio de información podría ser una conducta autónoma sancionable, cabe considerarla integrada en la conducta de reparto del mercado, como un mecanismo necesario o accesorio al mismo.

¹²⁶ Comunicación de la Comisión Europea de 22 de Diciembre de 2005, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, de los artículos 53, 54 y 57 del acuerdo EEE, y del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre la información confidencial. Las citadas normas, citan como ejemplos de información confidencial los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas.

Conclusión

A la vista de la valoración realizada por esta Sala en el presente apartado, cabe concluir que las empresas PROSEGUR y LOOMIS han cometido una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en el reparto del mercado de transporte y manipulación de fondos con la duración y los efectos que se señalan a continuación.

En la medida en que nos encontramos ante conductas tipificadas en el artículo 1 de la LDC y las empresas compiten en el mismo mercado, cabe calificar la infracción de muy grave, tal como dispone el artículo 62.4.a) de la LDC.

4.2.- Duración de la conducta. Infracción única y continuada

Estos acuerdos y prácticas concertadas para el reparto del mercado han tenido una continuidad ininterrumpida, al menos desde el año 2008 y, al menos, hasta el año 2015. Así, se tiene constancia de un correo electrónico de 1 de abril de 2008, en el que ya se refleja el uso abusivo de la subcontratación entre empresas (folio 16096):

*“Luis, creo que tienes toda la razón. Entiendo que es Juan Pablo quien debe hacer gestión con la dirección de Loomis para que se limiten a realizar los servicios que les hemos subcontratado sin poner en duda nuestras tarifas (que conocen perfectamente ya que me dijiste que ellos también pasaron oferta). Estas tarifas han supuesto además un incremento medio del [...]. **A lo mejor la solución es hacer nosotros los servicios en Málaga, que ya tenemos delegación [...]**” (la negrita es nuestra).*

Consta en la misma fecha 1 de abril de 2008, otro correo electrónico de PROSEGUR en relación a unos servicios de LIDL subcontratados a LOOMIS en la provincia de Málaga, en el que se manifiesta expresamente la existencia de un intercambio de información entre empresas, al señalar lo siguiente: *“se limiten a realizar los servicios que les hemos subcontratado **sin poner en duda nuestras tarifas (que conocen perfectamente ya que me dijiste que ellos también pasaron oferta) [...]**”*(folios 16134 a 16135) (la negrita es nuestra).

Posteriormente, se tiene constancia de un correo electrónico de fecha 24 de marzo de 2009, en el que PROSEGUR se refiere claramente a un acuerdo de reparto del mercado realizado el año 2008 (folio 16099).

*“A este mail cabe añadir otro gran ejemplo que se produjo **en septiembre de 2008**. El cliente metro de bcn era exclusivo de prosegur. Dado que manifestaron que querían dos empresas, **coordinamos la operación para que perdiésemos nosotros el 20% dando entrada a loomis**; el importe era de más de [...] euros; el cliente tiene lo que quería: las dos mejores trabajan para el y por tres años prorrogables otros tres, **cerrando puertas y ganando todos**” (la negrita es nuestra).*

A partir del año 2008, cada año hasta el 2015, fecha en la que se produce la inspección de la Dirección de Competencia en la sede de las empresas, constan evidencias de repartos del mercado entre las partes.

Se desestiman, por tanto, las alegaciones de PROSEGUR en las que considera que las conductas únicamente abarcan los años 2009 a 2014.

Nos encontramos ante una infracción única y continuada que se ha llevado a cabo desde, al menos, desde el año 2008 y hasta, al menos, febrero del año 2015.

En relación con esta cuestión, hay que recordar que la jurisprudencia europea ha señalado que para que quede acreditada la existencia de una infracción única y continuada se debe producir la concurrencia en el comportamiento de las empresas incoadas de una serie de elementos. Así, *“para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Participazioni, citada en el apartado 33 supra, apartado 87). [36] En efecto, las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112). [37] Así pues, de esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.”* (STG de 16 de junio de 2011, asuntos acumulados T-204/08 y T-212/08, sobre el mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica).

En el ámbito nacional, el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora¹²⁷, define como infracción continuada *“la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes*

¹²⁷ Artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”.

A semejanza de lo establecido en el ámbito comunitario, la CNC y la CNMC han fundamentado las resoluciones sancionadoras en las que se reprocha la concurrencia de infracción única y continuada en la identidad de sujetos participantes, que infringen el mismo o semejante precepto conforme a un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. La jurisdicción contenciosa, al revisar las resoluciones de la autoridad de la competencia en las que se ha aplicado la figura de la infracción única y continuada, ha refrendado los anteriores criterios y la concreta aplicación al caso de los mismos¹²⁸.

En este supuesto, el reparto del mercado entre las dos empresas resulta probado y ambas empresas imputadas han participado, de igual manera, en las conductas durante todo el periodo analizado. Las conductas, como hemos señalado, han tenido una continuidad ininterrumpida durante el periodo de tiempo que se imputa la infracción, por lo que no cabe apreciar lapsos de tiempo de inactividad infractora por ninguna de las dos empresas.

La propia naturaleza de la infracción exige la previa coordinación y cooperación entre las partes y el conocimiento efectivo por parte de las empresas del comportamiento de la otra, máxime si tenemos en cuenta que en este caso únicamente han participado en las conductas dos empresas.

La conducta ha sido la misma, el reparto del mercado, con independencia de las estrategias empleadas, y el objetivo, como ha quedado probado, ha sido mantener estable la posición de LOOMIS y PROSEGUR en el mercado, a través de una actitud anticompetitiva, y excluir al resto de competidores presentes o potenciales, tal como demuestran las propias manifestaciones de las empresas en algunos de las licitaciones a las que se ha hecho referencia en la presente resolución.

Este reparto se ha llevado a cabo a través de diversas estrategias, adaptadas en función del tipo de cliente o servicio a prestar, y ello es una prueba más de la existencia de un plan organizado por las partes que les permite mantener su cuota de participación en los contratos o preservar sus clientes, en cualquiera de los escenarios en los que se plantee la prestación de esos servicios. Todos los escenarios están cubiertos, y ello solamente puede obedecer a la existencia de una estrategia preestablecida por las partes. No ha lugar a pensar en otro tipo de consideraciones que no sea la existencia de un plan común entre LOOMIS y PROSEGUR.

¹²⁸ Sentencias de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2005, 6 de noviembre de 2009, 1 de diciembre de 2009, 5 de febrero de 2013, 13 de febrero de 2013, 9 de julio de 2013, 18 de julio de 2013 y 26 de mayo de 2014 y Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2005, 10 de octubre de 2006, 12 de diciembre de 2007, 19 de marzo de 2008, 30 de noviembre de 2004, 28 de junio de 2013, 6 de noviembre de 2013 y 26 de marzo de 2015.

Al respecto, las empresas defienden su posición en la consideración de que es necesario probar la existencia de un plan conjunto o preconcebido, debiendo estar las conductas estrechamente relacionadas por un vínculo de complementariedad.

A ello cabe contestar que la apreciación de una infracción única y continuada no requiere la prueba de la existencia de un plan estructurado que se haya plasmado de forma física –lo que supondría no poder considerar en la mayoría de los casos la existencia de la misma dado que en este tipo de conductas las empresas evitan, en la medida de lo posible, dejar huella explícita de la infracción–, sino que la existencia de este plan puede extraerse y probarse, precisamente, a partir de la verificación de la existencia de una serie de actuaciones que obedezcan a una estrategia y finalidad común, como sucede en este caso.

En este sentido, la inamovible posición de las partes en el mercado durante tantos años, basada además en la preservación de los servicios o del cliente, no parece obedecer a la propia dinámica del mercado, si tenemos en cuenta, por ejemplo, que la mayoría de los contratos de clientes estratégicos se llevan a cabo a través de procedimientos de licitación en los que, aparentemente, debe prevalecer el principio de concurrencia entre las empresas y la ocultación de datos o información estratégica. En el caso de las entidades públicas, porque así lo prevé la Ley, y el caso de las entidades privadas porque al no estar obligadas, es razonable pensar que si adoptan este tipo de licitaciones análogas a las públicas es, precisamente, para preservar el carácter competitivo de la licitación. Asimismo, en lo que respecta a la preservación de clientes a través del mecanismo de la subcontratación, esta estrategia además se ha implementado pese a la oposición manifiesta de algunos clientes.

En definitiva, nos encontramos ante una situación de mercado provocada por las propias empresas a través de una conducta, el reparto del mercado, que ha resultado ser anticompetitiva e implementada por medio de distintas estrategias en función del escenario en el que se produce la prestación del servicio.

Todos estos factores, a saber: i) continuidad y estabilidad del reparto durante muchos años, ii) identidad de sujetos durante todo el periodo, que además son rivales directos, y iii) diferentes estrategias comunes con la única finalidad de repartirse el mercado, conducen a la conclusión de que nos encontramos ante una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

4.3.- Efectos de las conductas en el mercado

Como ha señalado el Consejo de la CNC y de la CNMC en anteriores ocasiones, en la valoración de conductas del artículo 1 de la LDC no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha determinado que éstas son restrictivas por su objeto¹²⁹.

¹²⁹Véanse, Expte. S/0120/10, Transitorios), Expte S/428/12 Palés, Expte. S/0422/12 Contratos de permanencia.

Este criterio es acorde con la propia jurisprudencia al respecto, si tenemos en cuenta que, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que¹³⁰:

“procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429, y de 8 de diciembre de 2011 [TJCE 2011, 399], KME Germany y otros/Comisión, C-272/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 65, y KME Germany y otros/Comisión, [TJCE 2011, 400] C-389/10 P, Rec. p. I-0000, apartado 75).

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).

Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia”.

Igualmente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de diciembre de 2007, ha afirmado en sentido análogo que:

"En cuanto a las alegaciones de la actora de que su comportamiento no tuvo efectos negativos en el mercado puesto que ni tuvo reflejo en los precios ni en el reparto del mercado ni, finalmente, en que las empresas sancionadas mantuviesen, mejorasen o incrementasen su poder de mercado, basta señalar dos cosas. En primer lugar que la sanción de las conductas comprendidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no requiere que se hayan producido tales efectos, sino tan sólo que puedan producirlos, lo que evitaría ya tener que examinar dichos argumentos”.

En atención a lo anterior, el resultado del análisis de los efectos provocados por las conductas en el mercado en nada debe alterar la calificación jurídica que esta Sala debe realizar en relación con las mismas, por cuanto nos encontramos ante

¹³⁰Sentencia de 13 diciembre 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda).. Asunto C-226/11 (Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros).

conductas entre empresas competidoras que, por su propia naturaleza, entran dentro de la categoría de infracciones por objeto.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala considera que las conductas descritas anteriormente han ocasionado claros efectos en el mercado de transporte y manipulación de fondos que a continuación analizamos.

- *Exclusión de competidores*

Como ya hemos venido señalando en la presente resolución la oferta del mercado español de transporte y manipulación de fondos se encuentra concentrada en muy pocos operadores, esencialmente en cuatro. De estas cuatro empresas, solamente PROSEGUR y LOOMIS tienen capacidad para prestar servicios en la integridad del territorio peninsular nacional (y, al menos en el caso de PROSEGUR, infraestructura para prestar servicios en ambos archipiélagos y en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla).

Nos encontramos, por tanto, en un mercado dominado por dos empresas, cuya cuota conjunta alcanza el 90%, y además son las únicas empresas con capacidad real para prestar los servicios de transporte y manipulación de fondos a nivel peninsular.

El carácter concentrado de la estructura de la oferta del mercado viene propiciado, en parte, por las elevadas barreras de entrada legales y económicas al mercado, lo que ha facilitado que PROSEGUR y LOOMIS adquieran una posición de privilegio frente a sus clientes, propiciando así un escenario en el que las empresas que requieren de los servicios de transporte y manipulación de fondos a nivel nacional disponen de escasas alternativas de elección para que les garanticen el servicio.

Es necesario destacar dos circunstancias esenciales para entender cuál es la verdadera posición de LOOMIS y PROSEGUR en el mercado de transporte y manipulación de fondos en España: la naturaleza de *input* esencial que todavía, a fecha actual, ostenta el efectivo en el desarrollo de la actividad de los demandantes de servicios de transporte y manipulación de fondos, y el elevado grado de concentración de la oferta de este mercado, que a nivel del territorio peninsular nacional es un duopolio configurado entre LOOMIS y PROSEGUR.

En este escenario descrito, ya de por sí complejo, las conductas de las partes consistentes en el reparto del mercado potencia la situación de cierre de mercado a los competidores actuales o potenciales, ya que se les veta la posibilidad de acceder al mismo, o simplemente de ejercer una competencia real frente a LOOMIS y PROSEGUR.

Esta exclusión de terceros queda evidenciada en dos de los procedimientos de licitación organizados por la entidad de naturaleza pública TMB (apartado 1.2 de los hechos probados).

Se trata, en primer lugar, de la acción concertada entre PROSEGUR y LOOMIS en el expediente n° 49/2008, mediante la que las citadas empresas, ante la demanda del cliente de un segundo proveedor de servicios, se aseguraron que este fuera LOOMIS, evitando la entrada de un tercer operador, en palabras de un empleado de PROSEGUR “*cerrando puertas y ganando todos*” (folio 16144).

En segundo lugar, cabe referirse al procedimiento de licitación organizado en el año 2010 por TMB. En el marco del mismo, las partes coordinaron sus ofertas, a través del correspondiente intercambio de información, para excluir la entrada de un tercer operador, GRUPO BLINDADOS DEL NORTE, y de esta forma asegurar el mantenimiento del *statu quo* respecto de los servicios del citado cliente.

Igualmente, en las relaciones con el GRUPO CORREOS vuelve a expresarse este objetivo exclusionario, cuando en un correo de PROSEGUR se señala que “*La idea ayudar a correos en la preparación del pliego e intentar la exclusión de otros operadores*” (folio 16151).

En definitiva, las conductas entre LOOMIS y PROSEGUR han favorecido a crear un mercado en el que ambas empresas actúan como un duopolio y provoca la exclusión de competidores y desincentiva la entrada de nuevos.

Los siguientes cuadros muestran la situación del mercado durante los años 2008 a 2011 y la existente en el año 2014:

MERCADO DE SERVICIOS DE TRANSPORTE Y MANIPULACIÓN DE FONDOS 2008 a 2011 (cuotas por facturación en %)				
	2008	2009	2010	2011
LOOMIS	43	40,3	40,5	40,2
EFFECTIVOX	2,5	3,1	4,2	5
Cuota Conjunta Loomis+Efectivox	45,5	43,4	45	45,2
PROSEGUR	50,6	52,5	51,3	51,5
TRABLISA	1,3	1,2	1	1
S.INTEGRAL	1,3	1,5	1,5	1,3
ESABE	0,6	0,8	0,5	0,4
DBS (Diru Bilketa Seguridad, S.A.)	0,3	0,3	0,3	0,3
EULEN SEGURIDAD	<0,1	<0,1	0,6	0,1
SEGURIDAD VIGILADA	0,1	0,1	0,1	0,2

MERCADO DE SERVICIOS DE TRANSPORTE Y MANIPULACIÓN DE FONDOS EN ESPAÑA (AÑO 2014)		
Operadores	Volumen de ingresos (millones euros)	Porcentaje
PROSEGUR	[CONFI]	[45-55%]

LOOMIS	[CONFI]	[40-50%]
SEGURIDAD INTEGRAL CANARIA, S.A. (SIC)	[CONFI]	[1-2%]
TRANSPORTES BLINDADOS, S.A (TRABLISA)	[CONFI]	[0-1%]
GARDA SERVICIOS DE SEGURIDAD, S.A. (GARDA) ¹³¹	[CONFI]	[0-1%]
Total	288,58	100%

La foto del mercado que presenta ambos cuadros muestra una clara estabilidad de las cuotas de LOOMIS y PROSGUR, y además refleja que no solo no se ha producido en los últimos años la entrada de nuevos competidores, sino que, además, en el año 2014 varias de las empresas que operaban en el mercado ya han desaparecido.

- *Encarecimiento de los precios de los contratos*

En el caso de los procedimientos de licitación organizados por TMB, la aparición de un tercer operador con la voluntad de ejercer presiones competitivas de forma efectiva, forzó a PROSEGUR y a LOOMIS a reducir sus respectivas ofertas en el concurso de 2010, previamente coordinadas, lo que permitió al cliente la obtención de una rebaja significativa de los precios contratados, circunstancia que no se volvió a repetir en la siguiente licitación, organizada en el año 2014, cuando GRUPO BLINDADOS DEL NORTE ya había desaparecido y en la que las tarifas ofertadas subieron de forma notable.

Esta estrategia se ha evidenciado, igualmente, en el expediente de licitación SP140002 organizado por GRUPO CORREOS en el año 2014 respecto a los lotes peninsulares, que se tradujo en el encarecimiento final de los servicios prestados, puesto que el referido cliente se vio obligado, en el siguiente concurso, a aumentar el importe de licitación de los lotes que quedaron desiertos.

Asimismo, es necesario recordar que los precios medios unitarios correspondientes a los lotes peninsulares adjudicados en el expediente de licitación SP140006 fueron muy superiores a los obtenidos en los lotes insulares del expediente precedente SP140002, en los que sí se produjo una verdadera

¹³¹ No hay constancia de que GARDA sea un operador relevante en el mercado objeto de investigación en el marco del presente expediente, capaz de ejercer presiones competitivas relevantes, con carácter efectivo, sobre el resto de competidores, particularmente PROSEGUR y LOOMIS.

Según la información disponible en la página web de GARDA, esta empresa se encuentra autorizada por la Dirección General de la Policía para la prestación de servicios de transporte y distribución de objetos valiosos o peligrosos, en el ámbito de actuación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

<http://www.gardaseguridad.com/servicios.html>

concurrencia competitiva entre PROSEGUR y los respectivos proveedores locales TRABLISA y SIC.

Por tanto, puede presumirse que, de no haberse producido una participación concertada entre PROSEGUR y LOOMIS en el citado expediente SP140006, los precios de los servicios contratados finalmente por GRUPO CORREOS habrían sido sensiblemente inferiores.

Igualmente, la estrategia descrita se ha puesto de manifiesto en tres expedientes de licitación organizados por METRO DE MADRID.

Respecto al primero de ellos (expediente de licitación nº 6011200195 del año 2013), en el marco de cuya preparación las empresas incoadas mantuvieron contactos con objeto de concertar su participación en el mismo, según evidencian las pruebas incorporadas en el expediente, los escritos de alegaciones de las partes reconocen que la decisión final de no presentarse al citado expediente perseguía evitar asumir las condiciones económicas y operativas que ya venían siendo exigidas por el cliente.

Esta estrategia colusoria se tradujo igualmente en efectos perjudiciales para el cliente, ya que la entidad METRO DE MADRID se vio forzada, en el siguiente expediente de contratación, organizado por el procedimiento negociado, a incrementar los importes máximos de licitación y a fijar unas condiciones de prestación de los servicios que le eran desfavorables, lo que, en sus propias palabras, *“podría haber provocado la imposibilidad de cubrir en su totalidad las necesidades de recarga y recaudación¹³²”*.

Además, este procedimiento negociado del año 2013 modificó el sistema tarifario que se venía aplicando hasta ese momento en los servicios prestados a METRO DE MADRID, con la implementación de dos medidas que supusieron un aumento del coste de los servicios: la introducción de la tarifas para "festivo", así como la eliminación del concepto de 2ª parada, cuyo precio era aproximadamente la mitad del de la 1ª.

Por lo que se refiere al segundo de estos expedientes de licitación (expediente nº 6011400017 del año 2014), la presentación por las empresas concurrentes de ofertas que, previsiblemente de forma intencionada, no se ajustaban a los requisitos de la licitación, llevaron al cliente a tener que convocar un nuevo procedimiento (expediente de licitación nº 6011400055 del año 2014).

En relación con la subasta organizada por METRO DE MADRID en el marco de este último expediente, que fue declarada desierta, el propio escrito de alegaciones de PROSEGUR ha reconocido que tal ausencia de presentación de ofertas tenía como finalidad evitar la disminución de los precios contratados con el cliente, objetivo que finalmente la partes consiguieron.

¹³² Folio 9254.

Por lo que se refiere a la coordinación operada entre PROSEGUR y LOOMIS en determinados procedimientos de reestructuración bancaria, la información disponible en el presente expediente también permite afirmar que las conductas colusorias han tenido como efecto la aplicación al cliente de unas tarifas superiores a las que se habrían resultado de unas ofertas realmente competitivas.

En particular, esta situación se ha evidenciado en el caso del proceso de reestructuración bancaria desarrollado en el año 2012 por CAIXABANK.

Las evidencias obrantes en el expediente han puesto de manifiesto la existencia de un cierto grado de concertación de cara a fijar las tarifas del citado cliente, situación que se manifiesta en el rechazo de PROSEGUR al conocer que LOOMIS, en el momento inicial del citado proceso de reestructuración, había tratado de actuar al margen de la primera, intentando obtener un cierto volumen de servicios a cambio de una rebaja tarifaria¹³³.

No obstante, a la vista de las negociaciones mantenidas entre estos competidores con objeto de decidir un reparto de las oficinas del cliente, reflejadas en los numerosos contactos acreditados a través de la documentación obrante en el expediente, puede concluirse que el resultado final del proceso de redistribución de servicios de CAIXABANK se alcanzó con total ausencia de factor competitivo alguno, sin que se obtuviera por la entidad financiera el descuento tarifario deseable en cualquier procedimiento de concurrencia competitiva.

- *Mantenimiento de las cuotas de mercado*

En términos generales, PROSEGUR y LOOMIS en los últimos años han conseguido mantener prácticamente inalterada su cuota en el mercado de transporte y manipulación de fondos¹³⁴, y ello es debido, en parte, al reparto del mercado que se han procurado entre ellas desde el año 2008.

En definitiva, nos encontramos ante unas prácticas que además de constituir *per se* una conducta anticompetitiva de carácter muy grave, toda vez que el reparto del mercado en las circunstancias descritas persigue un claro objetivo acordado por las partes de mantener su posición en el mercado a través de un pacto de no competencia, también ha quedado probado que estas conductas han producido claros efectos perniciosos en el mercado de transporte y manipulación de fondos. Ello, conduce a la consideración de que nos encontramos ante una infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE que ha tenido por objeto y efecto, impedir, restringir y falsear la competencia en el territorio nacional, siendo responsables, como veremos a continuación las empresas LOOMIS y PROSEGUR.

¹³³ A la luz de las observaciones del correo electrónico de PROSEGUR de 13 de julio de 2012 (folio 16289).

¹³⁴ PROSEGUR, en torno al 50-55 desde 2008 y LOOMIS, en torno al 40-45% desde 2008.

4.4.- Responsabilidad de las empresas

La responsabilidad de las conductas objeto de este expediente recae en las empresas LOOMIS y PROSEGUR, en la medida que serían las empresas que han llevado a cabo el conjunto de acuerdos y prácticas concertadas anticompetitivas acreditadas en el expediente de referencia que dan lugar a una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

Dentro de PROSEGUR, han participado en la infracción de forma directa PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A., hasta 2013, y a partir de esa fecha PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L. (anteriormente denominada PROSEGUR ESPAÑA, S.L.), ésta última filial al 100% de la primera.

En todo caso, en aplicación de la jurisprudencia sobre la presunción de una influencia decisiva derivada del acreditado control en el capital social de la matriz con respecto a su filial¹³⁵, cabe atribuir responsabilidad solidaria a PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. con respecto a la de su empresa filial.

Habiendo quedado acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la Autoridad de Competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

De conformidad con la jurisprudencia recaída en derecho administrativo sancionador¹³⁶, actualmente no se reconoce la responsabilidad objetiva en la comisión de una infracción, sino que se exige el elemento de culpabilidad, lo que supone que la conducta antijurídica sea imputable a un sujeto pasivo responsable de dicha conducta (esto es, que exista un nexo psicológico entre el hecho y el sujeto).

Así se interpreta la expresión recogida por el legislador español cuando, al regular la potestad sancionadora de la administración en el artículo 130.1 de la LRJPA¹³⁷, establece que sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos, debiendo necesariamente imputar dicha responsabilidad a título de dolo o culpa, entendida ésta como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Pues bien, esta Sala considera que ha quedado acreditado que las empresas responsables de la infracción aquí sancionada conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas llevadas a cabo, lo contrario resulta improbable si tenemos en cuenta las características de las conductas: reparto del mercado

¹³⁵ Véase, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de septiembre de 2011 (C-521/09 P) y Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de febrero de 2013 (recurso 48/2012 VERIPACK EMBALAJES).

¹³⁶ Por todas, la STS de 22 de noviembre de 2004 (RJ 2005/20).

¹³⁷ Hoy artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

entre empresas competidoras, llevado a cabo por empresas de la envergadura de LOOMIS y PROSEGUR y durante un periodo de tiempo prolongado.

El conocimiento de la ilicitud de la conducta queda evidenciado en las propias manifestaciones de las partes en los correos electrónicos transcritos, en los que puede observarse como una de los objetivos era excluir a los competidores del mercado, o como se procuraba que determinados repartos facilitados por el cliente se hicieran con cierto disimulo de cara al sector para que *“no se note mucho”* (folio 15937), o como, en la mayoría de los casos, las estrategias de reparto se hacían ocultándolo al propio cliente a través de presentación de ofertas encubiertas para perder el contrato, incluso como ya hemos señalado en el caso de los servicios subcontratados con la expresa oposición del cliente, era importante para las empresas ser discretos frente a éste: *“Cuanto menos ruido haga loomis, mejor para todos”* (folio 16212), en referencia a que el cliente se oponía a la subcontratación.

En todo caso, esta responsabilidad cabe atribuirle, al menos, a título de negligencia, en la medida que LOOMIS y PROSEGUR deberían haber sido conscientes que estos acuerdos y prácticas concertadas de reparto de mercado tenían un objeto y efectos restrictivos sobre la competencia efectiva en el mercado de transporte y manipulación de fondos en España, resultando contrarios a los artículo 1 LDC y 101 TFUE.

El hecho de que en algunos casos puntuales hayan sido los propios clientes los que han facilitado la coordinación entre LOOMIS y PROSEGUR no elimina ni minimiza esta responsabilidad, en la medida que ambas empresas han llevado a cabo esta coordinación más allá de lo que el cliente podría desear, incluso en algunos casos la iniciativa del reparto parte de ellas, teniendo en cuenta, además, que la falta de alternativas competitivas en la península abocaba al cliente a depender totalmente de la actuación de LOOMIS y PROSEGUR.

4.5. Valoración sobre la participación directa de los representantes legales de las empresas en las conductas

La Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que se imponga la multa prevista en el artículo 63.2 de la LDC a D. José Luis Illana García (PROSEGUR) y D. Juan Miguel Mata Montejo (LOOMIS), por haber participado en el diseño e implementación de los acuerdos y prácticas concertadas de sus representadas.

El artículo 63.2 de la LDC establece que además de la sanción prevista para los sujetos responsables, *“cuando el infractor sea una persona jurídica se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión”*.

Estos instrumentos que la Ley pone al alcance de las Autoridades de Competencia -no olvidemos que en casi todos los países de nuestro entorno es práctica habitual este tipo de sanciones- tienen la función principal de introducir un

efecto disuasorio adicional dirigido a aquellas personas que representan a las empresas en la actividad que éstas realizan. Son, por tanto, mecanismos que potencian el *ius puniendi* de las Autoridades Competentes y que, en todo caso, corresponde a éstas aplicar cuando así lo consideren conveniente, a la vista de la participación de las personas naturales en la conducta infractora, y siempre que concurren los requisitos legales para ello. En este sentido, el alcance facultativo y potestativo de la imposición de este tipo de sanciones y la autorización para hacer uso de ellas por parte de esta Autoridad de Competencia se desprende del tenor literal de la propia norma cuando utiliza la expresión “*podrá imponer*”, lo que denota claramente que nos encontramos ante un instrumento cuya aplicación corresponde a esta Comisión cuando considere que concurren las circunstancias para ello.

La propia Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013), en su fundamento de derecho noveno, viene a declarar la necesidad y el beneficio que puede derivarse del uso de todos los instrumentos que la Ley pone al alcance de esta Comisión para ejercer un mayor grado de disuasión en los mercados a los efectos de evitar así, en mayor medida, este tipo de conductas restrictivas de la competencia, al señalar lo siguiente:

“No debe olvidarse, en fin, que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas.

Precisamente la evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena -en la vía civil- al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras -y sus directivos- no sólo “sufran” la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta. Designio en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (RJ 2014, 487) , dictada en el recurso de casación 2472/2011) la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo,

de 26 de noviembre de 2014 (LCEur 2014, 2267), relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea”.

Se desprende de las propias palabras del Alto Tribunal un llamamiento a hacer uso de este tipo de medidas contempladas en la Ley “*pero no siempre adoptadas en la práctica*”, de cara a conseguir una mayor eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia.

En este contexto, la Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala que sean multados los representantes y directivos de las empresas infractoras en los términos previstos en los preceptos antes citados, por lo que se hace necesario observar si la participación de las personas físicas identificadas por la Dirección de Competencia cumple los requisitos previstos en las normas de competencia citadas.

Así, habiendo quedada acreditada la responsabilidad de las empresas en las conductas aquí investigadas, a los efectos de poder imponer la sanción diferenciada prevista en el artículo 63.2 de la vigente LDC, es necesario acreditar igualmente la participación de las personas físicas incoadas en los acuerdos o decisiones contrarias a las normas de competencia, y además, se debe igualmente determinar que estas personas físicas tienen la condición de representantes legales de las empresas o integran los órganos de dirección de éstas, sin que concurra la circunstancia excluyente de responsabilidad de no asistencia a las reuniones o voto desfavorable al acuerdo infractor.

Analizamos a continuación la concurrencia de ambos requisitos en el presente procedimiento.

a) Sobre el papel de las personas físicas identificadas por la Dirección de Competencia en las conductas infractoras llevadas a cabo por las empresas

El artículo 63.2 de la LDC no exige una especial participación de las personas físicas en las conductas infractoras, toda vez que nos encontramos ante una sanción económica vinculada a la que corresponde a las empresas a las que representan y sobre las que ya se ha determinado previamente el grado de responsabilidad en las conductas infractoras.

En todo caso, lo anterior no obsta para cuantificar la participación individual de las personas físicas en el periodo en que se llevan a cabo las conductas, toda vez que, teniendo en cuenta la duración de las mismas, es frecuente la alternancia de las personas que ostentan la representación de las empresas, por lo que habrá de tenerse en cuenta los periodos de participación de cada persona física en el contexto temporal de la conducta a los efectos de individualizar la sanción.

Tal como consta en los hechos de esta Resolución, ambos directivos han tenido una participación destacada en los acuerdos, toda vez que han negociado los contratos a nivel nacional que luego deben ser ejecutados por sus delegaciones territoriales, habiéndose puesto de manifiesto en los documentos recabados que las delegaciones no tienen independencia de actuación respecto de los Sres. Illana y Mata cuando tratan de ofertar a nuevos clientes sus servicios.

Esta falta de autonomía de las delegaciones tiene su reflejo en dos aspectos fundamentales.

El primero de ellos es el traslado a los Sres. Illana y Mata de los diversos contactos que las delegaciones territoriales mantienen con los clientes de su zona de prestación de servicios, tal y como muestran los diversos correos electrónicos en los que estos directivos figuran en copia.

El segundo de estos aspectos es la necesidad de que todas aquellas decisiones que pudieran afectar a los acuerdos y prácticas concertadas entre LOOMIS y PROSEGUR de reparto de servicios y clientes, deben ser autorizados por los Sres. Illana y Mata. Esto es particularmente llamativo en los casos de reestructuración bancaria y subcontratación, en los que se observa que se impone lo decidido por los Sres. Illana y Mata a nivel central, independientemente de la lógica económica de la decisión final y de las quejas de las delegaciones territoriales de las empresas de transporte de fondos, que planteaban mecanismos alternativos para la prestación del servicio, tales como la reestructuración de rutas o la prestación de servicios desde regiones limítrofes.

Ello implica que los Sres. Illana y Mata, a diferencia de lo que ambos consideran en sus escritos de alegaciones, han jugado un papel clave, cuanto menos, en la efectiva ejecución de los acuerdos y prácticas concertadas llevadas a cabo por las empresas a las que representan, y además, estaban en condiciones y tenían la aptitud suficiente para evitar la conducta y no lo hicieron, siendo ello suficiente para considerar la aplicación de la sanción prevista en el artículo 63.2 de la LDC.

Concretamente, aparece su participación en los siguientes párrafos de la Propuesta de Resolución del expediente:

PROSEGUR:

- D. José Luis Illana García (PROSEGUR): Párrafos 164, 165, 199, 204, 207, 210, 211, 213, 245, 246, 247, 248, 249, 268, 269, 289, 295, 296, 299, 302, 303, 304, 305, 331, 332, 341, 342, 355, 361, 362, 366, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 430, 449, 450, 451, 477, 483, 484, 485, 486, 491, 492, 520, 522, 523, 542, 543, 544.

LOOMIS:

- D. Juan Miguel Mata Montejo (LOOMIS): Párrafos 171, 200, 201, 202, 203, 207, 210, 211, 230, 231, 232, 236, 237, 238, 239, 240, 245, 246, 247, 248, 249, 291, 292, 296, 328, 329, 413, 524, 525, 526, 551.

b) Sobre la condición de representantes legales o directivos de las empresas infractoras

El segundo requisito concurrencial que exige la norma es la necesidad de que las personas participantes en las conductas, lo hagan en su condición de representantes legales o directivos de las empresas.

En este caso, los cargos que han ostentado las personas jurídicas sobre las que se solicita la aplicación de la sanción prevista en los artículos precitados, son los siguientes:

- D. José Luis Illana García: Director de Logística de Valores y Gestión de Efectivo en España y representante legal de la empresa por apoderamiento.
- D. Juan Miguel Mata Montejo: Director General Comercial y representante legal de la empresa por apoderamiento.

Sin perjuicio de los cargos formales que han ostentado las personas físicas relacionadas a lo largo del periodo de duración de las conductas, que ya denotan poderes de dirección suficientes, es de destacar que su autonomía, facultades de decisión y control y poderes de representación de las empresas han quedado evidenciados a lo largo del expediente a través de su participación en las conductas y que estas actuaciones se han llevado a cabo de manera voluntaria y con plena libertad y autonomía por parte de estos representantes.

QUINTO. OTRAS ALEGACIONES Y CUESTIONES PLANTEADAS EN LA FASE DE RESOLUCIÓN

5.1. Sobre la alegada indefensión causada a las partes durante la instrucción del expediente

Ambas entidades coinciden en sus alegaciones al considerar que la Dirección de Competencia no ha sido capaz de demostrar a lo largo de la instrucción la existencia de las conductas, y que la falta de prueba y de respuesta satisfactoria a sus alegaciones supone quebrantar su principio de defensa consagrado en el artículo 24 de nuestra Carta Magna.

El Tribunal Constitucional tiene establecido que *“por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, (toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 CE son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores), el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses”, señalando que «la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes», que «la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte»*. Estima, por tanto, el

Tribunal que *“no se da indefensión cuando ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos”* (STC 71/1984, 64/1986, RTC 1999/153 Auto).

En el presente procedimiento, el contenido de los hechos acreditados se ha recogido en el Pliego de Concreción de Hechos que, en aplicación del artículo 50.3 de la LDC, fue formulado el 14 de marzo de 2016 (folios 18133 a 18252) y les fue notificado a los interesados dándoles el plazo de quince días para contestar y presentar las alegaciones pertinentes, así como proponer las pruebas oportunas para la mejor defensa de sus intereses. Posteriormente, con fecha 13 de junio de 2006, de conformidad con el artículo 50.4 de la LDC, el Director de Competencia acordó la Propuesta de Resolución del procedimiento (folios 18941 a 19198) que, en aplicación del artículo 34 del RLDC, contiene los antecedentes, los hechos acreditados, los autores, la calificación jurídica y la respuesta a las alegaciones presentadas por las partes al Pliego de Concreción de Hechos. Esta Propuesta de Resolución fue, igualmente, notificada a las partes para que presentaran las alegaciones que estimasen conveniente, cosa que han hecho ambas empresas y sus representantes legales a los que se les propone sanción.

No se aprecia, por tanto, una privación del derecho de defensa a las partes en el presente procedimiento, toda vez que han podido participar a lo largo del mismo presentando las alegaciones y la práctica de pruebas que han considerado convenientes en su defensa.

En todo caso, no debemos olvidar que el órgano con potestad para resolver el presente procedimiento es la Sala de Competencia del Consejo, que se configura como un órgano autónomo e independiente de la Dirección de Competencia, por lo que las decisiones adoptadas por el órgano instructor no le vinculan a la hora de tomar sus decisiones y, en consecuencia, su valoración de los hechos no tiene la consideración de decisión final del procedimiento que pueda ocasionar a las partes un perjuicio irreparable, ni mucho menos indefensión.

Tampoco considera esta Sala que la Dirección de Competencia haya actuado con desidia en la respuesta a las alegaciones de las partes, toda vez que ha dedicado a este apartado más 100 páginas en su propuesta de resolución. Cuestión distinta es que las partes estén conformes o no con su valoración, pero ello no afecta al derecho de defensa. El principio contradictorio que rige en el procedimiento implica precisamente que ante la puesta de manifiesto por la administración sancionadora de un hecho que prueba una conducta anticompetitiva, puede la acusada desvirtuar ese hecho a través de los mecanismos que le habilita la Ley, entre ellos la presentación de alegaciones y la práctica de aquellas pruebas que crean convenientes y sean pertinentes.

En este procedimiento, las partes han presentado las alegaciones y han intentado justificar los motivos por los que consideran que las conductas que la Dirección de Competencia les imputa no son constitutivos de una infracción de las normas de defensa de la competencia y la citada Dirección, de forma motivada, ha rechazado tales consideraciones. Y ahí radica, a nuestro juicio, la cuestión, en la motivación de la respuesta de la Dirección de Competencia, que para esta Sala

es suficiente para que las partes conozcan las razones de su postura que, como hemos señalado, no tiene por qué ser la postura de esta Sala ni constituir un adelanto invariable de la resolución definitiva.

5.2. Sobre la acreditación de los hechos constitutivos de infracción

Ambas partes han alegado a lo largo del procedimiento y más detalladamente tras la propuesta de resolución, que los hechos puestos de manifiesto por la Dirección de Competencia no acreditan la infracción que se les imputa en este procedimiento.

LOOMIS y PROSEGUR, en un esfuerzo apreciable para intentar desvirtuar las consideraciones de la Dirección de Competencia han presentado una explicación alternativa y contradictoria de los hechos, que merece ser analizada en el presente apartado.

No obstante, con carácter previo a la valoración de las explicaciones de las partes sobre sus conductas, sí quiere esta Sala manifestar que nos encontramos ante la existencia de unas conductas complejas y de difícil detección, toda vez que este tipo de acuerdos se caracterizan, precisamente, por su hermetismo y ocultación al mercado. Son conductas, igualmente, cuya ejecución se lleva a cabo a través de estrategias pluriformes que dificultan su apreciación ya que ayudan a diversificar los hechos, y además, dada su larga duración y la heterogeneidad de clientes y servicios demandados, es posible que la intensidad probatoria pueda decaer en determinados periodos o en relación con determinadas empresas o servicios concretos.

Por todas las dificultades descritas, este tipo de infracciones, si bien deben analizarse atendiendo a los hechos individualmente considerados, su valoración resulta más concluyente tras un análisis global y en conjunto de los mismos.

La propia CNC ha reconocido en anteriores ocasiones¹³⁸ que *“los acuerdos para repartirse el mercado o para fijar precios rara vez pueden demostrarse de forma directa o documental y la única forma de hacerlo es por evidencias circunstanciales, que a su vez, como vemos en la Sentencia del TJCE en el caso Cimenteries antes citado, permiten presumir de forma fundada la existencia de acuerdo. Porque es la visión general del mercado y del comportamiento de los agentes lo que permite a las autoridades de competencia llegar a la convicción de que la única explicación de esos resultados y esos comportamientos es la existencia de un acuerdo. En este tipo de acuerdos, secretos por naturaleza, no es exigible la acreditación de que todos y cada uno de los hechos de la pluralidad de acciones que llevan a cabo los operadores y que forman parte de la estrategia anticompetitiva, constituyan una infracción, sino que la infracción la constituye precisamente ese conjunto de hechos, con una finalidad muy determinada,*

¹³⁸ Resolución del Consejo de la CNC de 18 de enero de 2010, Expte. S/0014/07 Gestión de Residuos Sanitarios.

incluso si de forma aislada cada uno de ellos no pueda reputarse como contrario a las normas de competencia por objeto”.

En este tipo de procedimientos resulta de gran relevancia, a tenor de lo que hemos señalado y siempre bajo el respeto de los derechos fundamentales de las partes en el procedimiento, el uso de la prueba indiciaria, sobre la idoneidad de la cual ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia en cuestiones de competencia.

La reciente Sentencia del TGUE de fecha 12 de diciembre de 2014, en el asunto T-562/08, en relación con la calidad probatoria que corresponde exigir a las autoridades de competencia en materia de prácticas contrarias al derecho de la competencia, ha dejado señalado lo siguiente:

“Al ser notorias tanto la prohibición de participar en acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que se pueden exponer los infractores, es habitual que las actividades que comportan tales prácticas y acuerdos se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo. Por consiguiente, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que acrediten expresamente una toma de contacto entre los operadores afectados. Aunque la Comisión descubra tales documentos, normalmente éstos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción. En consecuencia, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada).

Del principio de la libre aportación de la prueba resulta que, aun si la falta de pruebas documentales puede ser pertinente al apreciar globalmente el conjunto de indicios invocados por la Comisión, no tiene por sí sola la consecuencia de que la empresa afectada pueda impugnar las aseveraciones de la Comisión presentando una explicación alternativa de los hechos. Ello es así sólo cuando las pruebas presentadas por la Comisión no logran acreditar la existencia de la infracción de modo inequívoco y sin necesidad de interpretación (sentencia Hitachi y otros/Comisión, citada en el apartado 150 supra, apartado 65; véase también en ese sentido la sentencia del Tribunal de 12 de septiembre de 2007, Coats Holdings y Coats/Comisión, T-36/05, no publicada en la Recopilación, apartado 74)”.

Se hace cargo el Tribunal de la dificultad que entraña para las autoridades de competencia la labor probatoria en este tipo de prácticas, por lo que reconoce una cierta suficiencia razonable a la hora aportar los elementos de prueba que sirvan

de base para la correspondiente sanción. De otra manera, difícilmente sería posible perseguir y sancionar este tipo de prácticas.

Ya en el ámbito judicial de nuestro país, el Tribunal Supremo ha reafirmado la validez de esta técnica procesal en el ámbito de los procedimientos tramitados por la Autoridad de Competencia. Así, el Alto Tribunal en su Sentencia de 6 de marzo de 2000¹³⁹ (recurso 373/1993) ha señalado que:

“hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibitiva, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”.

En todo caso, esta Sala considera que la prueba directa obtenida por la Dirección de Competencia es suficiente para considerar la existencia de la infracción aquí sancionada, una prueba directa, por cierto, que se ha obtenido para casi todos los supuestos individualmente analizados, y en aquellos escasos supuestos en los que no existen evidencias directas, los hechos valorados y la falta de justificación verosímil de las partes nos llevan a la conclusión de que el resultado del análisis únicamente es posible si las empresas han acordado repartirse previamente el contrato.

Como ha señalado la jurisprudencia antes citada, es este análisis global sobre la visión general del mercado y del comportamiento de las empresas lo que nos permite llegar a la convicción de que la única explicación de esos resultados y esos comportamientos es la existencia de un acuerdo.

Sin perjuicio de lo anterior, analizamos a continuación algunas de las explicaciones de las partes en relación con las conductas que se les imputan.

5.2.1 Mantenimiento de cuota como consecuencia de la obligación de subrogación contenida en el Convenio Sectorial de Seguridad

Las partes han alegado que para determinados contratos el mantenimiento de la cuota de servicios se debe principalmente a la aplicación del Convenio Sectorial de Seguridad, que prevé que, cuando se produzca un cambio de empresa en relación con los servicios de transporte y manipulación de fondos, el nuevo operador deberá subrogar a parte de los trabajadores que venían prestando ese servicio previamente.

En concreto, PROSEGUR cita los siguientes supuestos en los que la escasa o nula rentabilidad derivada de la subrogación le impide ofertar a servicios prestados por LOOMIS: METRO MADRID (expediente 6011400055); GRUPO

¹³⁹ En el mismo sentido, la STS de 16 de febrero de 2015 (recurso 940/2012).

CORREOS (expedientes SP140002 y SP140006); RENFE OPERADORA; UNNIM CAIXA; MERCADONA. Presenta para ello, un estudio económico de cada caso sobre la rentabilidad de los contratos en caso de tener que subrogar a los trabajadores de LOOMIS que venían prestando el mismo.

Por su parte, LOOMIS señala que el impacto económico resultante de una subrogación de una tripulación de un furgón de transporte de fondos puede conllevar un coste adicional para la empresa adjudicataria entre 150.000 y 300.000 euros. No aporta, sin embargo datos concretos sobre el impacto de la subrogación en los contratos analizados en el expediente. En este sentido, se limita a señalar que tanto el contrato con el GRUPO CORREOS (SP140002), como el de METRO MADRID (6011200195), no resultaban rentables.

Antes de entrar en el análisis concreto de los cuadros económicos presentados por PROSEGUR relativos a los costes de subrogación, cabe realizar las siguientes apreciaciones en relación con los datos aportados.

En primer lugar, cabe señalar que en todas las simulaciones de costes de subrogación que presenta PROSEGUR se asigna el mismo coste a tripulación (86.258 €) y contador (20.846 €). Sin embargo, la empresa no justifica la obtención de estos datos, especialmente cuando los concursos analizados tienen lugar en distintos años.

En segundo lugar, en el caso específico de METRO DE MADRID, el cálculo de los datos se refiere al expediente de licitación 611200195, del año 2013, que quedó desierto, y no al último expediente analizado que provocó el mantenimiento de la cuota preexistente (expediente 6011400055).

En relación con GRUPO CORREOS, la empresa presenta el supuesto de subrogaciones de personal en el expediente de licitación SP140002 (año 2014), si bien no se indica expresamente. No obstante, los datos facilitados en este último documento se contradicen con los presentados en el estudio contenido en el correo electrónico interno fechado el 15 de abril de 2014 (asunto "Pliego de Correos") que el Gerente Nacional de Logística de Valores envía a diversos empleados y directivos de la entidad.

Adjunto al correo se incorpora un informe ("Nuevo Pliego Correos") en el que se analizan las nuevas condiciones establecidas por GRUPO CORREOS en el Pliego (folios 18051 a 18056). En este documento, se indica que, en el caso de que PROSEGUR consiguiese el lote 1, PROSEGUR debería subrogarse de LOOMIS 3 miembros de tripulación¹⁴⁰ y 3 contadores, ambos correspondientes a la provincia de Madrid (folio 18054), mientras que en el excel adjunto al escrito de alegaciones se indica que serían 1,33 tripulaciones y 7 contadores.

¹⁴⁰ Es decir, una tripulación, según lo dispuesto por el artículo 33.1 del Reglamento de seguridad Privada:

"La dotación de cada vehículo blindado estará integrada, como mínimo, por tres vigilantes de seguridad, uno de los cuales realizará exclusivamente la función de conductor".

Por lo que respecta al lote 2, el citado anexo al correo electrónico de PROSEGUR indica que si esta empresa hubiera ganado el lote 2, PROSEGUR debería asumir de LOOMIS 3 miembros de tripulación (Barcelona) y 6 contadores (Barcelona, Guipúzcoa, Málaga, Murcia y Pontevedra – o siete en total si se incluye la provincia de Lérida) (folio 18054), mientras que en el anexo al escrito de alegaciones se indica que hubiera correspondido subrogar 1 tripulación y 15 contadores.

Igualmente cabe indicar que el citado informe no contiene ninguna simulación en relación con el lote 5 (efectos filatéticos).

Sin embargo, en el documento excel facilitado en las alegaciones de PROSEGUR, se señala que no había trabajadores a subrogar y que el coste de asumir este servicio era de 292 horas camión con un precio de 42.200 € (siendo la facturación del servicio de 34.476 €).

No obstante, el Pliego regulador del citado expediente de licitación, estimaba en 20.400 minutos (340 horas) el servicio ofertado, con un precio unitario de 1,69 € (34.476 € - folio 84). De esta manera, en este caso el supuesto problema no vendría de la subrogación, sino de las condiciones del concurso para este lote.

Asimismo, es necesario destacar que el excel analizado facilitado por PROSEGUR no presenta un estudio en relación con el segundo de los expedientes de licitación del año 2014 (SP140006), organizado por GRUPO CORREOS tras haber quedado desiertos los lotes 1, 2 y 5, dividiendo por provincias los dos primeros.

Señalado lo anterior, y ya entrando en el concreto análisis de la rentabilidad de los nuevos lotes a los que PROSEGUR no considera acudir, cabe señalar que la justificación de la entidad resulta, en general, inasumible¹⁴¹.

Tomemos por ejemplo el caso de MERCADONA (folio 19905). Según los datos de la propia PROSEGUR, la facturación total por el servicio ascendería a 6.500.000 €. A su vez, el coste total por la subrogación de los trabajadores de la empresa prestadora del servicio se elevan a 3.658.818 €. Baste de ello para apreciar que, primero, subsiste para PROSEGUR un margen de cerca de un 43% del importe facturado. Segundo, la inclusión de una parte proporcional de costes fijos permitiría, con toda seguridad seguir manteniendo un margen más que razonable para el servicio prestado. Tercero, a pesar de que el coste de la subrogación no incluya el coste asociado a la antigüedad de los trabajadores no parece que ese incremento pueda conducir a invertir el resultado de la operación hasta hacerla económica inviable o no rentable.

A todo lo anterior, cabe además añadir que el personal subrogado podrá ser destinado a la prestación del servicio en cuestión o de otros conexos o complementarios, extremo no contemplado en la justificación de PROSEGUR, y

¹⁴¹ Véase documentos Excel aportado por la empresa en sus alegaciones, folio 19905.

que es razonable deducir en el caso de una empresa con el grado de implementación en todo el territorio como PROSEGUR. Cabrá incluso acordar por el empresario movilidades funcionales o, incluso, geográficas, que hagan más productivo el personal subrogado y, con ello, más rentable, no solo la operación en cuestión, sino el conjunto de actuaciones de la empresa en la zona.

Por el contrario, sobre la base de lo anteriores datos, PROSEGUR centra su alegato en la alta proporción del coste subrogado que la empresa califica de “no necesario”. Así, según PROSEGUR, de los 3.658.818 € que debería asumir por subrogación, hasta un importe de 1.664.078 € es calificado de “no necesario”. Sobre esa base, PROSEGUR calcula que la operación conlleva la asunción de un coste “no necesario” de un 25,60% de la facturación. Si bien dicho porcentaje resulta llamativo, más lo es que, a pesar de dicho coste “extra” la operación, llamada a generar ingresos por importe de 6.500.000 €, siga pareciendo rentable.

Sobre el coste “no necesario” subrogado (los 1.664.078 €) cabe además señalar que PROSEGUR podrá, según lo antes apuntado, organizar su personal de la forma más conveniente, asignándolo a servicios conexos o complementarios. Constituirá además un activo que poder aplicar a servicios existentes con déficit de personal, o a nuevos servicios que se contraten sin deber de subrogación.

Incluso, asumiendo el coste del despido del personal subrogado “no necesario” que PROSEGUR hace constar en su propio documento (2.705.000 €), para unos ingresos de 6.500.000 seguirían constando costes en personal de unos 4.700.000 € (coste personal subrogado necesario + coste despido de personal no subrogado). La suma de otros costes y de la antigüedad del personal podría resultar en una rentabilidad mínima, incluso cercana cero, dado el horizonte temporal de la operación (1año). Pero PROSEGUR obvia que la operación le reporta un incremento de cuota de mercado en detrimento de su directo competidor y un cliente futuro potencial. Pero sobretodo, el ejercicio de PROSEGUR no incorpora la renta resultante de la mejor asignación de los recursos subrogados para la operación o para cualesquiera otras que tuviera la empresa en dicho momento en prestación.

El mismo ejercicio puede hacerse con el resto de ejemplos que incorpora el Excel aportado por PROSEGUR. Así, en el caso del Lote 1 de CORREOS, en el que se fija una facturación de 689.639 € con unos costes de subrogación de 263.277 €. Llama además la atención, en este caso que se llegue a calificar por la empresa como coste subrogado “no necesario” un importe de 242.431 €.

Por último, en el caso del Lote 1 de METRO MADRID, los ingresos previstos eran de 350.068 € y el coste de la subrogación de 253.026 € (calificándose por PROSEGUR de no necesarios un importe de 83.384 €). Se fija además un valor de 100.000 € como coste del despido del personal no necesario. La suma del coste subrogado necesario (169.642 €) unido al del coste del despido del personal subrogado no necesario (100.000€) sigue dejando un margen para la empresa del 23%.

Se desestiman, por tanto, las alegaciones de las partes al respecto.

5.2.2 Sobre la subcontratación de servicios

PROSEGUR alega, por un lado, que el precio pactado con LOOMIS para la subcontratación de servicios no necesariamente tiene que coincidir con el cobrado al cliente. Para demostrar tal divergencia, presenta un cuadro que refleja una leve diferencia entre los precios que, según la entidad, le factura LOOMIS por la subcontratación y los precios que PROSEGUR factura al cliente. En concreto presenta los siguientes datos:

	2013	2014	2015 ¹⁴²
Facturación de PROSEGUR a los clientes	[CONFI]	[CONFI]	[CONFI]
Facturación de LOOMIS a PROSEGUR	[CONFI]	[CONFI]	[CONFI]

A partir de la citada tabla, considera la entidad que no hay intercambio de información comercial sensible entre las partes, en la medida en que los precios varían, y además, según señala, se despeja la duda sobre la existencia del margen comercial del subcontratante.

Por otro lado, PROSEGUR señala que la apertura de una delegación no implica la eliminación total de subcontrataciones desde el día siguiente, siendo necesario un cierto periodo de adaptación. La empresa presenta los siguientes datos relativos a la evolución de los volúmenes de facturación subcontratada en Málaga y Murcia:

- La facturación correspondiente a los servicios subcontratados en Málaga ha pasado del 0,57% al 0,20%. Señala la entidad que en 2008, la facturación fue de 981.061 euros y el volumen de negocios total de PROSEGUR en el mercado afectado en España fue de 172.828.000. En 2015, la facturación subcontratada en Málaga fue de [CONFI] euros y el volumen de negocios total de PROSEGUR en el mercado afectado en España fue de [CONFI] euros.
- La facturación correspondiente a los servicios subcontratados en la Región de Murcia ha pasado del 0,34% en 2013 al 0,21% en 2015. Señala la entidad que en 2013, la facturación fue de [CONFI] euros y en 2015 la facturación subcontratada fue de [CONFI] euros

¹⁴² Datos de enero a abril.

Señala PROSEGUR, que estas cifras, al margen de poner en entredicho las afirmaciones de la Dirección de Competencia, demuestran la escasa relevancia de la subcontratación en el mercado.

Por su parte, LOOMIS señala que la subcontratación es una fórmula absolutamente legal y prevista en la normativa de seguridad aplicable. Señala la entidad que existe una lógica económica razonable para acudir a la subcontratación, y pone de ejemplo aquellos casos en los que la subcontratación resulta menos costosa que prestar servicios por los medios propios de la empresa contratada. Señala, además que la subcontratación representa para LOOMIS un 1% de su volumen de negocio.

Asimismo, la citada entidad manifiesta que las subcontrataciones no solo están autorizadas por el cliente, sino que además es la opción preferida por éstos ya que obtienen un mejor servicio.

En primer lugar, esta Sala quiere señalar que, como ya hemos puesto de manifiesto, nos encontramos ante una infracción por objeto del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, consistente en el reparto del mercado entre las empresas LOOMIS y PROSEGUR durante varios años. Este reparto del mercado se ha llevado a cabo a través de diversas formas, y ello evidencia una efectiva adaptación de las partes a las distintas circunstancias que les permite seguir implementando la conducta con independencia del servicio prestado y la tipología de cliente que contrata los servicios. En este sentido, es el conjunto de los hechos los que determinan la infracción de las normas de competencia, siendo la subcontratación una estrategia más de las que han usado las partes.

Por ello, para esta Sala, no resulta pertinente considerar la subcontratación de manera aislada al resto de las conductas, tal como pretenden las partes, al señalar que la incidencia de la subcontratación en su volumen de negocios es mínima. Lo esencial es que el conjunto de estrategias han permitido a las partes llevar a cabo su plan general consistente en repartirse el mercado nacional de transporte y manipulación de fondos durante un largo periodo de tiempo, y la subcontratación abusiva de servicios ha contribuido a tal objetivo de las partes. En definitiva, es la suma de todas las conductas las que permiten observar este objetivo anticompetitivo.

En segundo lugar, en relación con los datos aportados por PROSEGUR para demostrar que el precio cobrado al cliente es distinto que el cobrado a LOOMIS y, en consecuencia, no cabe apreciar un intercambio de información estratégica y tampoco cabe argumentar la existencia de poco margen comercial, esta Sala considera que los citados datos no tienen la fiabilidad suficiente para desvirtuar las consideraciones de la Dirección de Competencia y de esta Sala al respecto.

Ello es así, toda vez que la información aportada por PROSEGUR se refiere a facturación agregada por provincias y tipología de clientes, pero no muestra las diferencias de facturación de los clientes individuales, donde sí podría observarse con mayor detalle los casos en los que el precio es el mismo, o por el contrario si

no existe ninguna igualdad entre el precio al cliente y la facturación entre LOOMIS y PROSEGUR. Esta indefinición en los datos obliga a esta Sala a dotar de mayor valor probatorio los hechos puestos de manifiesto en esta resolución, en los que las manifestaciones de los propios trabajadores responsables del pago de los servicios confirman la identidad de precios y, por ende, el necesario intercambio de información estratégica. En todo caso, como ya se ha señalado, este intercambio de información es una conducta accesoria a la principal, que es el reparto del mercado.

Lo anterior aplica también para la afirmación de PROSEGUR de que los datos aportados permiten concluir que la subcontratación es rentable para PROSEGUR, dado que la generalidad de la información no permite analizar caso por caso la rentabilidad del servicio, y valorar la rentabilidad a través de medias aritméticas sería improcedente en este asunto. En todo caso, los datos generales presentados por PROSEGUR sí señalan que el margen comercial agregado obtenido de la subcontratación es relativamente escaso, si tenemos en cuenta que, por ejemplo, en el año 2014, según PROSEGUR, la entidad facturó a clientes subcontratados un total de [CONFI] euros y a su vez LOOMIS le facturó por los servicios de subcontratación un total, según indica, de [CONFI] euros. Es decir, el margen comercial general fue de 62.649 euros. No es razonable, por tanto, que la entidad, teniendo capacidad suficiente, haya decidido acudir tan asiduamente a la subcontratación con la consiguiente pérdida de ingresos derivados de los clientes que subcontrata, que además se torna en mayores ingresos para la empresa que compite directamente contigo en el mercado. Ello, solamente se explica si las partes han acordado repartirse previamente los clientes, usando la máxima de que “lo que se pierde por un lado se gana por el otro”.

En tercer lugar, PROSEGUR pone, nuevamente, de relieve una serie de datos para demostrar que la evolución de los niveles de subcontratación es descendente desde el año 2008.

A ello cabe responder que los datos nuevamente son imprecisos dado que, en el caso de la provincia de Málaga, no se refleja cual ha sido la evolución en los años comprendidos entre el 2008 y 2015, lo que aportaría una visión más precisa y completa de la tendencia de la subcontratación. Igualmente, la entidad aporta datos de facturación y no de números de servicios subcontratados, lo que puede llevar a confusión si no se tiene en cuenta que, por ejemplo, la bajada de facturación de subcontratación va acompañada de una reducción del volumen de negocios global de la empresa.

En todo caso, a la luz de los datos aportados, no parece que el salto evolutivo a la baja sea tan pronunciado, si tenemos en cuenta que en todos estos años, y pese a que, como ya hemos señalado, PROSEGUR cuenta con delegación en Málaga con capacidad suficiente para afrontar estos servicios, en 2015 todavía se facture un 35% del total de facturación señalada para el 2008, y ello además sin tener en cuenta la reducción del volumen de negocios global de la empresa, que en parte

puede explicar también el descenso en los ingresos provenientes de la subcontratación.

En el caso de Murcia sucede algo parecido, la evolución a la baja de los ingresos de subcontratación puede tener su explicación en el descenso generalizado del volumen de negocios de la empresa.

En cuanto a las consideraciones de LOOMIS, esta Sala no pone en cuestión la legalidad de la figura de la subcontratación, que resulta una buena fórmula de cooperación cuando se produce por falta de capacidad de las empresas para acometer el servicio con garantías. Lo que aquí se cuestiona es que este uso se produzca de manera abusiva e injustificada, como sucede en los supuestos analizados en esta resolución, toda vez que ello supone una cobertura entre competidores que les permite eliminar la presión competitiva entre ellos con los efectos ya señalados anteriormente.

Las propios trabajadores han puesto de manifiesto que las empresas sí tenían capacidad para realizar los servicios que finalmente han subcontratado. A modo de ejemplo, cabe citar las siguientes expresiones: *“A lo mejor la solución es hacer nosotros los servicios en Málaga, que ya tenemos delegación [...]”* (folio 16096); o *“los servicios deberíamos realizarlos nosotros, la delegación de Malaga necesita volumen que permita amortizar la inversión realizada y si seguimos dándole volumen a la competencia lo tenemos muy complicado”* (folio 16136); o *“[...] nuestro cliente ALDI manifestó por escrito su voluntad de evitar en lo posible la subcontratación con Loomis allí donde nos fuera posible. En concreto en Málaga donde sabe que hemos abierto nuestra propia delegación [...]”* (folios 16136 a 16137); o *“Desconozco los términos comerciales que tenemos establecidos y que han conllevado a subcontratar con Loomis, pero nosotros pasamos a escasos 50 metros de Tuv Rheinland Caravaca de la Cruz (Murcia), todos los Jueves [...]”* (folios 18032 a 18033).

En cuanto a la afirmación de que las subcontrataciones no solo están autorizadas por el cliente, sino que además es la opción preferida por éstos ya que obtienen un mejor servicio, ello no justifica la existencia de un acuerdo anticompetitivo. Como ya hemos señalado, la responsabilidad de las conductas recae sobre las empresas infractoras, con independencia de que el cliente pueda generar el escenario para ello, porque lo cierto es que aunque la subcontratación fuese una solución atractiva para el cliente, las partes la asumen voluntariamente y con conocimiento de causa y con ello infringen las normas de competencia. En estos casos, además, el interés general de salvaguardar los intereses del mercado a través de la correcta aplicación de las normas de defensa de la competencia prevalece sobre el interés particular de una empresa en preferir un servicio u otro.

En cualquier caso, a la luz de los hechos puestos de manifiesto en esta resolución no parece desprenderse que la opción preferida de todas las empresas sea la subcontratación, si tenemos en cuenta, a modo de ejemplo, los siguientes correos electrónicos:

En relación con ALDI, en un correo del año 2011, uno de los empleados de PROSEGUR llega a manifestar lo siguiente:

*“[...] A veces las cosas son así y no quieren verlas de otro modo ya que están forzando que Prosegur actúe de verdad como único titular; **este cliente ya me ha pedido varias veces prescindir de la subcontrata en Málaga y Murcia** donde sabe que hacemos servicio a otros clientes de forma directa... Cuanto menos ruido haga loomis, mejor para todos.... [...]”¹⁴³*. (folio 16212).

En el caso del cliente MIQUEL ALIMENTACIÓ, es el cliente quien solicita que sea PROSEGUR quien preste el servicio directamente sin subcontratarlo con LOOMIS. Pese a esta solicitud del cliente, y puesto que determinadas zonas geográficas ya estaban siendo operadas por LOOMIS, PROSEGUR concluye que

*“[...] se pacte con LOOMIS la realización del mismo en las zonas ya subcontratadas (**a pesar del deseo del cliente...**) ya que el contrato establece PENALIZACIONES por incumplimiento operativo [...]”¹⁴⁴* (folio 17850).

Se desestiman, por tanto, las alegaciones de las partes valoradas en este apartado.

5.2.3 Sobre las tarifas aplicadas

PROSEGUR señala que el número de paradas que se realizaron en 2015 fue, de media, un **[CONFI]** inferior a las realizadas en 2011. Esta disminución de servicios, señala, ha provocado que la facturación media por cliente haya disminuido en el período 2011-2015 un **[CONFI]**.

Por otro lado, la entidad indica que la disminución de servicios ha provocado un incremento de los costes operativos de PROSEGUR por cuanto al realizar menos paradas, debe recoger más bultos y emplear más tiempo en cada uno, lo que incrementa la exposición al riesgo y, por tanto, el coste de la prima de seguro. Según PROSEGUR, las duraciones de las paradas han aumentado en los últimos años en torno a un 14,5%.

Esta caída de los ingresos en una actividad con un peso tan elevado de costes fijos ha supuesto, a fin de asegurar un equilibrio, un aumento de los precios unitarios. Según la entidad, pese a ello, en relación con los clientes analizados aumentó sus precios en torno a un **[CONFI]** entre 2011 y 2015 cifra que, según señala, no puede considerarse un incremento constante de tarifas, ya que es inferior a las subidas acumuladas del IPC y de las subidas salariales previstas en el convenio colectivo de aplicación.

¹⁴³ Negrita añadida por esta Sala.

¹⁴⁴ Negrita añadida por esta Sala.

Por su parte, LOOMIS señala que las tarifas que aplica en España se asimilan a las que se aplican en otros países para la prestación de los mismos servicios y donde la legislación es similar a la española.

Asimismo, la entidad presenta una serie de gráficos que, según señala, reflejan lo siguiente:

- Que LOOMIS no ha sido capaz durante el periodo 2008 a 2014 de revisar sus precios **[CONFI]** en la misma proporción que el IPC (15,94%).
- Que la evolución de los precios año por año, sigue una clara tendencia a la baja desde 2008, con la única excepción de los años 2012 y 2013, cuya subida se produjo con motivo del Real Decreto ley 20/2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria, que supuso un incremento en las cotizaciones de los pluses de mantenimiento de vestuario, así como el plus de distancia y transporte.

Por todo ello, LOOMIS considera que la evolución de las tarifas aplicadas a los clientes habría seguido una tendencia a la baja y no al revés.

En respuesta a las alegaciones de la partes, esta Sala no pone en duda que, como consecuencia de los factores alegados por las partes¹⁴⁵, en los últimos años se haya reducido la rentabilidad económica generada por la prestación de servicios de transporte y manipulación de fondos.

Sin embargo, ello no implica que la solución más razonable implementada por los proveedores de estos servicios para paliar la pérdida de rentabilidad económica sea, en un escenario supuestamente competitivo, la subida constante de las tarifas remuneratorias de los servicios prestados, sin tener en cuenta ni verse afectados por la realidad que afecta a sus clientes.

El escenario de crisis económica iniciada en el año 2008 provocó una caída en el consumo que se ha traducido en un descenso generalizado de los precios, lo que se ha visto acrecentado en el último año por la notable caída de los precios del petróleo¹⁴⁶. Estos factores, entre otros, habrían contribuido a reducir la demanda de los servicios de transporte y manipulación de fondos.

Por tanto, no resulta lógico, desde el punto de vista del juego de la oferta y la demanda, que clientes supuestamente dotados de una gran capacidad de negociación¹⁴⁷, y que se han visto forzados a racionalizar los costes de sus

¹⁴⁵ Principalmente el descenso en el volumen de servicios y número de paradas contratadas motivado por la coyuntura de crisis económica y los procesos de reestructuración bancaria, así como distintos factores ligados a la evolución y regulación del sector bancario, que han reforzado el poder de negociación de las entidades financieras, destacando la constitución del sistema de cajas centralizadas.

¹⁴⁶ Véase los datos del INE sobre la evolución del IPC en el periodo enero 2005 a marzo 2016: http://www.ine.es/prensa/ipc_tabla.htm

¹⁴⁷ Algunos de ellos incluso con departamentos de central de compras y contratación, como es el caso de BANCO SANTANDER, según se resalta por las alegaciones de PROSEGUR y LOOMIS.

procesos productivos, como consecuencia del descenso de su actividad económica, no sólo no hayan conseguido una reducción de los precios ofertados por PROSEGUR y LOOMIS, sino que estas compañías han venido incrementándolos con objeto de mantener la rentabilidad económica obtenida.

Al contrario, esto lo que evidencia es que PROSEGUR y LOOMIS han recurrido a las prácticas concertadas acreditadas en el expediente de referencia para mantener de forma artificial la rentabilidad de su negocio, teniendo en cuenta que sus servicios son imprescindibles para muchos de sus clientes y que en la Península son los únicos dos operadores existentes.

Todo ello a pesar de que algunos de los procedimientos de contratación organizados por algunos clientes fueron diseñados con objeto de provocar la competencia entre los concurrentes y la consiguiente bajada de las tarifas, como se evidencia en los casos del BANCO SANTANDER y METRO DE MADRID expuestos que, finalmente decayeron en su propósito.

A este respecto, resulta particularmente ilustrativo el correo electrónico de 3 de marzo de 2014, incorporado en el expediente de referencia¹⁴⁸, mediante el que la Directora Regional de la empresa multinacional HABITAT, dedicada a la venta minorista de mobiliario y decoración, comunica a un empleado de PROSEGUR lo siguiente:

“Buenos días Ignasi,

*Lo siento, **no podemos aceptar un año más un incremento**¹⁴⁹ tan elevado de vuestras tarifas.*

***Sois los únicos proveedores que año tras año incrementan tarifas muy por encima del IPC**¹⁵⁰.*

Nuestras ventas han sufrido una bajada de más del 30% en los últimos 4 años y no hemos parado de ajustar los costes, negociando con los proveedores mejores precios de compra, dado que hemos tenido que bajar también los precios de venta, con la consecuente pérdida de margen, reduciendo personal, congelando los salarios...

No podemos por ello seguir soportando subidas tan elevadas por parte vuestra año tras año.

Os ruego por ello que reconsideréis vuestra propuesta de incremento de precios para el servicio de recogida de fondos que nos proporcionáis, ya que se desmarca de la realidad económica en la que nos encontramos [...]”.

¹⁴⁸ Folio 17407.

¹⁴⁹ Negrita y tamaño de letra conforme el original.

¹⁵⁰ Negrita, subrayado y tamaño de letra conforme el original.

Ante esta situación, el correo electrónico transcrito se reenvía por el Sr. XXX al Sr. Illana, solicitando de éste la autorización para eximir al citado cliente del incremento de tarifas pactado por “disponer de buenas tarifas” y ante el riesgo de perder sus servicios, lo que muestra que sí había margen para adecuar las tarifas a la situación real del cliente.

Asimismo, esta Sala considera que la pérdida de rentabilidad económica de los servicios de transporte y manipulación de fondos que, según las partes, habría justificado el aumento tarifario aplicado a los clientes, se ha visto compensada por los procesos de sectorización de rutas que, al menos en el caso de PROSEGUR, se han implementado en los últimos años.

Esta sectorización no sólo se refiere a la simple concentración de los servicios que se prestan en localizaciones remotas de cara a posibilitar su prestación, optimizando su calidad y rentabilidad, sino que se trata de un proceso de optimización de recursos de gran envergadura, implementado por esta compañía en el marco de una estrategia global del negocio de transporte y manipulación de fondos.

Tales conclusiones se extraen de la información obrante en el expediente de referencia, concretamente de la conversación entre empleados de PROSEGUR¹⁵¹ entablada a través de la secuencia de correos electrónicos de 19 de febrero de 2014 (asunto “Sectorización 2014”)¹⁵².

El citado documento pone de manifiesto que en el año 2014¹⁵³ se abordó por PROSEGUR un proceso de sectorización relativo a los servicios de transporte y manipulación de fondos prestados a sus clientes estratégicos (“que se inicia con los grandes bancos y clientes en el mismo tiempo (tal y como solicitamos en otro de los correo con Caixa, Sabadell, Aldi y Lidl)”, esencialmente, en palabras del Sr. XXX “grandes bancos y clientes nacionales”¹⁵⁴).

Las cifras facilitadas en el referido correo electrónico dan una idea de las dimensiones a nivel nacional del proyecto emprendido por PROSEGUR (“la envergadura de este proyecto es de 3.209 puntos de servicio en 1.448 poblaciones de todas las delegaciones”, poniéndose el acento en el considerable ahorro efectivo alcanzado a través de la implantación del mismo en tan sólo tres trimestres (“con ahorro estimado y aproximado de las delegaciones de más de 900.000 € en los 3 últimos trimestres”).

¹⁵¹ En particular, el correo electrónico de 19 de febrero de 2014 se envía por el Sr. XXX, Gerente Nacional de Logística de Valores de PROSEGUR a varios de sus compañeros (entre los que se encuentra en copia, el Sr. Illana – folio 18036 -).

¹⁵² Folios 18036 a 18038.

¹⁵³ Si bien previamente, en el periodo 2011-2012, se había implementado un proceso similar, al menos, “en las delegaciones de Galicia de la zona 4”.

¹⁵⁴ Según el mismo empleado “no tendría sentido sectorizar a retailers y no a la gran banca de la misma zona” (folio 18037).

Asimismo, las declaraciones del propio empleado de PROSEGUR ponen en tela de juicio las aseveraciones alegadas por esta empresa en relación a la justificación de los incrementos experimentados en los últimos años por las tarifas aplicadas a sus clientes estratégicos, al afirmar que “y no sólo esto, ya que al reducir el tiempo de desplazamiento dejaríamos de aumentar el coste y no tener que hacer repercutir subidas en las tarifas de paradas o valoraciones de nuevas ventas)”.

Por tanto, esta Sala considera que los argumentos de las partes en relación con la justificación de las subidas tarifarias carecen de sustento alguno, habida cuenta de las estrategias efectivamente implementadas en el mercado analizado.

Estas estrategias, consistentes en procesos de racionalización de servicios de clientes estratégicos a través de su integración en rutas, han tenido por objeto reducir los costes fijos de la prestación de estos servicios y, por tanto, compensar los efectos negativos derivados de la pérdida de volumen de facturación, con lo que la generalizada subida de tarifas carece por completo de justificación desde el punto de vista de la racionalidad económica.

5.2.4. Sobre el valor de las manifestaciones realizadas por los trabajadores de las empresas

LOOMIS considera que los estudios y análisis realizados por gerentes operativos de las delegaciones de zona de la citada compañía, o por empleados dependientes de éstos y que se configuran como meras previsiones, en ningún caso responden a decisiones comerciales de la parte y no pueden ser tenidos en cuenta como elementos de prueba.

Según la entidad, es la Dirección Comercial de LOOMIS la que decide, exclusivamente y con carácter centralizado, los términos y condiciones comerciales que se presentan a un concurso o a una oferta, limitándose la función de los gerentes operativos de las distintas delegaciones territoriales de la citada empresa a la gestión operativa del negocio, así como de los recursos humanos y materiales, sin capacidad alguna para la toma de decisiones comerciales.

Como ya ha señalado la Dirección de Competencia, respecto del caso específico de la propuesta de PROSEGUR de subcontratación de servicios en determinadas zonas de Cataluña y Aragón, toda oferta y estrategia comercial requiere de la realización de estudios e informes de cariz operativo a cargo del correspondiente departamento de las empresas de seguridad privada, como ha quedado demostrado en el análisis de los distintos procedimientos de contratación.

En otras palabras, el desempeño de las funciones de los departamentos comerciales y operativos de estas empresas se encuentra estrechamente vinculado, no pudiendo estas actividades ser desempeñadas de manera absolutamente independiente, como se demuestra, entre otros motivos, por el hecho de que en la preparación de las ofertas para los procesos de solicitud de servicios, siempre se recaba por la dirección comercial la opinión e informes del

departamento operativo y que los empleados dedicados a esta área suelen reportar sus comunicaciones al respectivo director comercial (el Sr. Illana o el Sr. Mata).

Además, como ha quedado demostrado, por ejemplo, en el caso de las subcontrataciones de servicios del cliente TÜV RHEINLAND IBERICA en la Región de Murcia, los empleados operativos acatan las órdenes de la dirección comercial de la empresa (PROSEGUR, en el citado caso).

Adicionalmente, las partes han insistido en que en el precio de los servicios prestados influyen factores decisivos como el volumen de efectivo gestionado o el número de paradas contratadas. Tratándose de elementos que solamente pueden conocerse a través del correspondiente departamento dedicado al diseño e implementación de la operativa de los servicios, la configuración de la oferta comercial no puede entenderse desvinculada de la intervención de estos empleados.

Un ejemplo ilustrativo de la colaboración necesaria entre estos departamentos se encuentra en la secuencia de correos electrónicos entre empleados de PROSEGUR (asunto “Pliego de Correos”), de 21 de abril de 2014 (folios 18057 a 18058).

La citada conversación se inicia con un correo electrónico del Sr. XXX, Gerente Nacional de Logística de Valores del PROSEGUR, es decir, un empleado con funciones estrictamente operativas.

Este correo, de 15 de abril de 2015 (folios 18051 a 18056), contiene un documento adjunto que incorpora un informe (“Nuevo Pliego Correos”) en el que se analizan las nuevas condiciones establecidas por GRUPO CORREOS en el Pliego, siendo enviado, entre otros, al Sr. XXX, Gerente Comercial y, en copia, al Sr. Illana.

El cuerpo del citado correo sintetiza el contenido del informe y se realiza una valoración o sugerencia sobre la estrategia a seguir¹⁵⁵.

El citado correo es contestado, respectivamente, por el Sr. XXX y el Sr. XXX, ambos Gerentes Comerciales (folio 18057), comentando este último, en respuesta al Sr. XXX y al Sr. XXX “[...] *Opino que debemos analizar este concurso en una reunión conjunta [...]*”, en clara referencia a una reunión entre empleados comerciales y operativos.

Asimismo, otra evidencia que demuestra el papel decisivo que tienen los departamentos operativos de estas empresas en el diseño de la estrategia adoptada en los expedientes de licitación organizadas por los clientes viene representada por el correo electrónico entre empleados de PROSEGUR de 21 de abril de 2014 (folio 16332).

¹⁵⁵ “[...] *Tener en cuenta que el margen de maniobra para bajar la tarifa y poder presentarse y ganara es el mínimo, ya que está mas que ajustado (es más, mas bajo que con contrato de BBVA)[...]*”.

Mediante la citada comunicación, la Sra. XXX, del departamento de concursos de PROSEGUR, se dirige a otros compañeros, integrantes tanto del departamento comercial (por ejemplo, el Sr. Illana) como del área operativa (por ejemplo, el Sr. XXX), con objeto de solicitar su colaboración para el análisis y preparación de la oferta de PROSEGUR en el expediente nº 2014 – 00154 organizado por RENFE OPERADORA.

El Sr. XXX, Gerente Nacional de Logística de Valores de PROSEGUR, es quien, en el marco del citado concurso, envía mediante correo electrónico de 13 de mayo de 2014 (folios 18074 a 18077) la oferta final que PROSEGUR debía presentar a RENFE OPERADORA.

Queda claro, a la vista de los documentos analizados, que el diseño de la estrategia a seguir en los expedientes de licitación, así como la configuración de las correspondientes ofertas, es el resultado del trabajo conjunto de los departamentos de operativa y comercial de estas empresas de transporte y manipulación de fondos.

Por tanto, con base en todo lo anterior, esta Sala considera que los documentos procedentes de empleados operativos reflejan necesariamente la política de la dirección comercial de la empresa, de la que son dependientes jerárquicamente, por lo que su valor probatorio está fuera de toda duda y las alegaciones en contrario deben rechazarse.

En este sentido, un trabajador, aunque no sea representante legal de la empresa, vincula a ésta por su comportamiento, salvo que la empresa demuestre que éste actuaba de manera autónoma, por voluntad propia y sin conocimiento de la empresa en la que trabaja, cosa que no sucede en este caso, y aun así, cabría imputar entonces a la empresa un comportamiento culpable.

5.3. Análisis de otros casos individuales planteados por las partes

Analizamos a continuación las alegaciones de las partes en relación con algunos de los casos individuales contenidos en los hechos acreditados de la presente resolución no analizados en el apartado 5.2 anterior, y en todo caso, para todo aquello que no quede contestado nos remitimos a las respuestas de la Dirección de Competencia contenidas en la Propuesta de Resolución, por ser coincidentes con las apreciaciones de esta Sala.

a) METRO MADRID

PROSEGUR ha indicado que los LOTES 1 a 4 de los contratos de METRO MADRID no le resultaban rentables a consecuencia de la obligación de subrogación prevista en el Convenio de Seguridad vigente. A ello, ya ha dado respuesta esta Sala en el apartado 5.2.1 anterior.

Por su parte, LOOMIS señala que, en relación con el correo de fecha 4 de febrero de 2013 (folios 15995 a 15996; apartado 1.1 de los hechos probados), sí resulta

relevante que provenga de un empleado operativo, sin capacidad de tomar decisiones finales sobre la oferta económica a presentar. Asimismo, señala que resulta sorprendente que la Dirección de Competencia mantenga este hecho acreditado cuando ni siquiera se presentó oferta económica por LOOMIS.

En relación con la alegación de LOOMIS sobre la relevancia del origen de la información que evidencia la conducta, en este caso un empleado operativo, ello ya ha sido contestado en el apartado anterior, en el que se indica que la elaboración de las ofertas económicas en el mercado es indisoluble de la correspondiente planificación operativa.

Por otro lado, LOOMIS concede relevancia al hecho de que la oferta no se haya finalmente presentado, pero lo cierto es que lo importante a la hora de valorar la conducta entre las partes es que se ha producido un contacto entre ellas a los efectos de coordinar sus posturas para repartirse el contrato, y ello queda reflejado en los hechos acreditados. No nos encontramos ante una infracción que exija un resultado ya que lo relevante es el objetivo perseguido por las partes con su comportamiento, y en este caso, a la luz de las pruebas obtenidas a lo largo de la instrucción queda patente que las partes han configurado un plan común para repartirse durante años los contratos de sus clientes, y este caso es una muestra más de su estrategia.

Así, el hecho de que LOOMIS posteriormente, por los motivos que fuere decidiese no ofertar finalmente al contrato, no le resta valor al objetivo inicial de las partes de repartirse el mismo, y esta intención de acudir queda clara en los propios correos electrónicos analizados en esta resolución.

El Sr. XXX (Gerente de operaciones de gestión de efectivo de la zona de Madrid, empleado de LOOMIS) comunica al Sr. XXX (Director Nacional de transporte de fondos de LOOMIS) que:

“[...] En cuanto al concurso de Metro.

Te remito la tabla que te envié el otro día a la que he estado incorporando una 3ª pestaña que llamo Decisiones licitación en la que sale claramente los lotes que debemos dejar que se lleve Prosegur, ofertando para ellos el precio máximo [...]”.

De forma correlativa, en la pestaña 3ª del documento Excel adjunto al correo electrónico y bajo la denominación “Decisiones licitación”, se contiene una tabla en la que, expresamente, se señala los lotes del concurso que debían corresponder a cada una de las empresas de seguridad privada concurrentes (LOOMIS y PROSEGUR).

Asimismo, el contenido de este correo se contiene en el documento en papel recabado en la sede de LOOMIS y que lleva por título "Licitación METRO MADRID 6011200195"¹⁵⁶ (folios 16045 a 16047).

Pero es que además, en este supuesto, la razón por la que ambas partes deciden no acudir al contrato es ejercer presión al cliente para conseguir subir el precio de la licitación.

Así, tras declararse desierto el citado expediente de licitación, METRO DE MADRID inició un procedimiento negociado en el que se alteraron las condiciones de la licitación convocada en el año 2013, lo que se tradujo en un aumento de los precios consolidado a través de las siguientes medidas (folio 9251):

- Incremento de los importes máximos de licitación.
- Reorganización de los módulos de facturación que implica en esencia¹⁵⁷:
 - Establecimiento de servicios máximos y mínimos diarios, que conllevan una facturación diaria mínima en concepto de paradas.
 - Adaptación de las cláusulas de penalización y gastos por incumplimiento servicios rebajando considerablemente los importes a penalizar.

Tras la adopción de estas medidas correctoras por parte de METRO DE MADRID que el procedimiento de contratación concluyó el 25 de abril de 2013, suscribiéndose los correspondientes contratos el 31 de mayo de 2013 (folio 9256).

Es decir, además de la coordinación previa para repartirse los lotes, también hay una estrategia clara de presión hacia el cliente para obtener así un aumento de precio del servicio, y ambas estrategias son anticompetitivas.

No cabe, por tanto, estimar las alegaciones de LOOMIS al respecto.

b) TMB

Ambas empresas coinciden al señalar que TMB en esa fecha decidió dar entrada a otro operador para compartir el servicio de transporte que hasta entonces le prestaba en exclusiva PROSEGUR. Por ello, según señalan, solicitó a

¹⁵⁶ Correspondiente a los folios de inspección 153 a 155 (documentos de licitación de los armarios del despacho del Sr. XXX).

¹⁵⁷ Hasta la licitación en el año 2013, se aplicaban dos precios para el concepto de parada o servicio a realizar en cada puesto de venta: 1ª, que cubría los costes de desplazamiento hasta la estación más la realización de servicios solicitados en un puesto de venta y 2ª, que cubría la realización de los servicios solicitados en otros puestos de venta en la misma estación. El precio de la 2ª parada era aproximadamente la mitad del de la 1ª, lo que permitía reducir significativamente el coste global. Tras el procedimiento negociado de mayo de 2013, se modifica este sistema de facturación, dejando de existir el concepto de 2ª parada. Además, se incluyen, tarifas para "festivo", que suponen un recargo con respecto a los módulos de facturación previos (folio 9251).

PROSEGUR que le asesorara y acompañara en el proceso, de ahí que el correo indique que “*nos coordinamos*”, en referencia a la coordinación entre PROSEGUR y la propia TMB.

La existencia de participación concertada en el expediente de licitación 49/2008 queda, a juicio de esta Sala, suficientemente demostrada por la afirmación que el empleado de PROSEGUR, el Sr. XXX, realiza en el correo electrónico de 24 de marzo de 2009.

En el citado correo electrónico se manifiesta que “[...] *coordinamos la operación para que perdiésemos nosotros el 20% dando entrada a loomis [...]*”, lo que muestra que ambas empresas se repartieron la cuota del cliente ante el deseo de éste de contar con dos proveedores.

En todo caso, como ya hemos señalado, el carácter ilícito de la concertación no quedaría eximido por el hecho de que pudiera haber sido realizada a instancia del cliente, como pretenden las partes. La observancia y cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia está por encima de los deseos y mandatos de cualquier cliente, teniendo las empresas el deber de excluirse ante la comisión de una conducta ilícita.

Adicionalmente, en el momento temporal en el que TMB convocó la licitación, existían más oferentes que LOOMIS y PROSEGUR en el mercado de transporte y manipulación de fondos en España (como por ejemplo, BLINDADOS GRUPO NORTE) y, sin embargo, lo que se deduce de los datos obrantes en el expediente es que LOOMIS y PROSEGUR fueron quienes coordinaron su actividad en aras de que TMB diseñara un concurso a la medida de lo pactado.

Ello se deduce del propio correo electrónico fechado el 24 de marzo de 2009, pero también del diseño final de la oferta por parte de TMB que, pese a poder optar por diversas opciones en cuanto a la solicitud de ofertas, optó por una distribución de lotes ajustada al 80-20, que era lo propuesto por LOOMIS y PROSEGUR.

c) CAIXABANK y NOVAGALICIA

Señalan las partes que el hecho de que sean las entidades financieras las que les insten a ponerse de acuerdo, excluye la posibilidad de observar la infracción de la normas de competencia.

Por su parte, LOOMIS considera que al tratarse de un reparto instado y aprobado por el propio cliente genera eficiencias y beneficios en forma de ahorros organizativos, por lo que cabría aquí observar la aplicación del artículo 1.3 de la LDC.

En relación con la primera cuestión, ello ya ha sido analizado por esta Sala en el apartado 4.1 de esta Resolución referente al reparto de los servicios de los clientes estratégicos.

Por otro lado, en relación con la aplicación del artículo 1.3 de la LDC, éste establece que el apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

En términos análogos se regula la excepción en el artículo 101.3 del TFUE.

En desarrollo de la norma comunitaria fueron aprobadas las Directrices relativas a la aplicación el apartado 3 del artículo 81 del Tratado (actualmente Artículo 101 del TFUE] (2004/C 101/08), que son un claro referente a la hora de aplicar este tipo de exenciones en el ámbito del derecho de la competencia, tanto a nivel comunitario como en el ámbito nacional.

Las citadas Directrices, en su apartado 34 prevén que la aplicación de la excepción contemplada en el apartado 3 se supedita a cuatro condiciones acumulativas:

- a) Los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico;
- b) Debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante;
- c) Las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos;
- d) El acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

El apartado 42 de las Directrices señala que, según jurisprudencia reiterada¹⁵⁸, las cuatro condiciones son acumulativas, esto es, para que la excepción sea aplicable deben cumplirse todas y cada una. Si no es así, señala el apartado, la aplicación de la excepción debe descartarse.

¹⁵⁸ A modo de ejemplo, cita las siguientes: Asunto T-185/00 y otros, Métropole télévision SA (M6), Rec. 2002 II-3805, apartado 86; el asunto T-17/93, MATRA, Rec. 1994, p. II-595, apartado 85; y los asuntos acumulados 43/82 y 63/82, VBVB y VBBB, Rec. 1984, p. 19, apartado 61.

Pues bien, del análisis de las conductas aquí realizado resulta que los acuerdos y las prácticas concertadas llevadas a cabo por las empresas incoadas no cumplirían de entrada los apartados c) y d) del apartado 34 de las Directrices, toda vez que no han sido indispensables para alcanzar los objetivos y además el acuerdo ha permitido que las empresas hayan eliminado la competencia en el mercado.

En este sentido, conviene señalar, nuevamente, que el hecho de que el cliente inste a las empresas a repartirse el mercado no elimina el carácter anticompetitivo de la conducta, entre otros motivos, porque el escenario dotaba a las empresas de suficiente grado de autonomía o libertad para optar por la opción lícita, en lugar de incurrir en la conducta prohibida. Por otro lado, tal como ha quedado demostrado, las partes, a través de sus conductas, entre las que se encuentran los repartos de los contratos de las entidades financieras, han conseguido eliminar la competencia en el mercado nacional de transporte y manipulación de fondos, manteniendo el *status quo* durante años, con los efectos exclusionarios que ya hemos indicado en el apartado correspondiente.

d) BBVA

Según señala LOOMIS en su escrito de alegaciones, en las ofertas que se realizan para concursos relativos a cajeros desplazados no sólo hay que tener en cuenta el precio, si no el conocimiento de la tecnología que utiliza cada entidad bancaria o caja de ahorros. En este sentido, la entidad señala que es lógico que PROSEGUR se centrara en aquellos lotes con una tecnología ya conocida.

LOOMIS presenta una serie de correos internos que, según ella, demuestran los problemas que se producen en relación con las distintas tecnologías (en este caso, en relación con Kutxabank).

A esta alegación ya ha ofrecido la Dirección de Competencia una adecuada respuesta al señalar que:

“dada la experiencia y medios técnicos y humanos con los que cuentan estos proveedores, que acaparan más del 90% de los servicios nacionales de transporte y manipulación de fondos, no parece verosímil que la diferente tecnología empleada por los cajeros automáticos de una determinada entidad financiera sea un verdadero obstáculo para la asunción de estos nuevos servicios, toda vez que estos procedimientos tecnológicos se encuentran, a fecha actual, bastante estandarizados.

Por último, la posibilidad de fusión de una entidad financiera tampoco elimina de forma total las ventajas derivadas de la adquisición de nuevos servicios, que se traducen en el aumento de volumen de fondos gestionadas y de paradas realizadas, debiéndose tener en cuenta además que la implementación de los procesos de reestructuración bancaria no es inmediata, lo que habría permitido la rentabilización de los servicios adquiridos”.

Esta Sala coincide plenamente con la consideración de la Dirección de Competencia.

Finalmente, en relación con los correos que, según señala la entidad, demostrarían los problemas técnicos alegados por ésta que impiden acudir a los contratos, ciertamente de la lectura de los mismos, esta Sala no extrae la conclusión que pretende LOOMIS.

“la noticia es la misma, seguimos sin abrir la caja.

Tenemos dudas porque la que ha traído Luís viene sin codificar y sin semillas y no somos capaces de conseguir un cable que realice todas las funciones. Controlamos ciertas funciones pero no todas.

Hemos hablado varias veces con Prosegur y han quedado en que nos enviaban un técnico...” (folio 20191)

Los citados correos, que además no se corresponden con los servicios a BBVA, muestran ciertos problemas cotidianos de carácter operativo debido a problemas de conocimiento técnico por parte del personal de LOOMIS o de falta del material adecuado para solucionarlos, pero en ningún caso justificarían no acudir a los lotes de los contratos, toda vez que son problemas de fácil solución y de bajo coste para la empresa. Desde un punto de vista económico, parece más rentable obtener el lote correspondiente del contrato de que se trate y tener que asumir estos pequeños inconvenientes sin relevancia para el servicio, que lo que pretende justificar LOOMIS, es decir, no presentarse por desconocimiento de las vicisitudes que se pueden producir durante el servicio, que como hemos señalado, y a la luz de los correos presentados por la parte, son de poca relevancia y de fácil solución.

e) MERCADONA

LOOMIS señala que el contrato firmado entre ésta y MERCADONA establece que *“Mercadona se compromete a adjudicar a Loomis al menos un 75% de todas las aperturas de tiendas que se lleven a cabo en las provincias donde está prestando servicios”*, y ello justifica la estabilidad de cuotas entre LOOMIS y PROSEGUR.

Asimismo, considera que de la incidencia de conflictos laborales en LOOMIS, fue importante ya que MERCADONA penalizó a LOOMIS por este hecho y le otorgó menos servicios.

A ello cabe contestar que, si bien la cuota de distribución de las nuevas aperturas fue establecida por MERCADONA, los hechos probados han puesto de manifiesto que, en los casos en los que el propio cliente quiso alterar de manera activa esta distribución, incentivando a PROSEGUR a rebajar sus tarifas a cambio de un notable incremento de la facturación de esta empresa, los intentos resultaron infructuosos, y ello denota la falta de interés de las empresas por obtener una mayor cuota de servicios. Tampoco se justifica esta negativa a la obtención de mayores servicios por la falta de rentabilidad ante obligación de subrogación

prevista en el Convenio de aplicación, por los motivos ya han sido explicados en la alegación correspondiente.

Tampoco la incidencia de conflictos laborales derivados de la adquisición de EFECTIVOX y que, según LOOMIS, supusieron un freno a la concesión de servicios de MERCADONA en favor de PROSEGUR, se tradujo en una alteración del reparto de la cuota del cliente, tal y como muestran los datos reales obrantes en el expediente.

Por tanto, al contrario de lo manifestado por LOOMIS, se evidencia que el mantenimiento de la cuota en un 75%-25% ha respondido a la voluntad de PROSEGUR y LOOMIS de no competir activamente por los servicios de la citada empresa de distribución comercial minorista.

f) AENA

PROSEGUR señala que el mail transcrito referente al concurso de AENA no se refiere al concurso de recogida de fondos en el Aeropuerto de Barcelona sino que se trataba de unas máquinas ingresadoras de efectivo a través de las cuales se formalizaba el pago de algunas tasas, permisos etc. y cuyo servicio prestaba LOOMIS.

Sin embargo, esta Sala considera que de la lectura del citado correo electrónico queda claro que el asunto que se trata entre los empleados de PROSEGUR es el del concurso de recogida de fondos organizado por AENA para el aeropuerto de Barcelona.

“En cuanto al tema de Transporte estamos esperando que nos reciban los responsable de Aena para tomar datos, pero ya sabemos que está Loomis, con lo cual habrá que respetarlos [...]”.

El empleado de PROSEGUR, el Sr. XXX, se dirige directamente a la Sra. XXX, que pertenece al departamento de Administración Comercial de la zona Este de LVGE de PROSEGUR¹⁵⁹.

La intervención del Sr. XXX se produce en respuesta a la pregunta, remitida a través de una cadena de reenvíos, planteada por la Sra. XXX, del Departamento Concursos de PROSEGUR¹⁶⁰, sobre si finalmente se había presentado oferta a, entre otros, el citado concurso.

A su vez, la citada comunicación del Sr. XXX es reenviada por la Sra. XXX al Sr. XXX, responsable de operación y comercial LVGE de la zona Este de la citada compañía.

Es más, dentro de la conversación entablada a través de la secuencia de correos electrónicos aportada por PROSEGUR como prueba del interés de la compañía

¹⁵⁹ Ver organigrama de PROSEGUR (folio 255).

¹⁶⁰ Folio 16142.

en ganar el citado concurso de AENA¹⁶¹, el Sr. XXX, el 2 de febrero de 2009 (folio 18730) se dirige al Sr. XXX y a la Sra. XXX para comunicarles que:

“Manuel/Toñi nos interesa la participación en el concurso adjunto AENA y os ofrecemos toda nuestra colaboración...”

La afirmación transcrita pone de manifiesto que, con independencia de cuál fuera el departamento de adscripción del Sr. XXX en aquel momento, la participación del citado empleado en el concurso organizado por AENA para la contratación de los servicios de transporte y manipulación de fondos del Aeropuerto de Barcelona tuvo lugar, exclusivamente, a fines de preparación de la oferta correspondiente al mismo.

Por otra parte, cabe mencionar aquí nuevamente la clara contradicción aceptada por las partes de las informaciones facilitadas por éstas.

Si bien LOOMIS ha alegado durante el procedimiento que los citados servicios, hasta la fecha de celebración del concurso, se prestaban por PROSEGUR, siendo adjudicados a LOOMIS y produciéndose un cambio efectivo en la titularidad de los servicios prestados en el aeropuerto de Barcelona, lo cierto es que PROSEGUR, en sus escritos de alegaciones, ha corroborado las conclusiones alcanzadas por la Dirección de Competencia al manifestar que el prestador del servicio hasta la fecha del correo electrónico empleado como evidencia de la práctica colusoria era LOOMIS (folio 18667).

Se desestiman, por tanto las alegaciones de las partes.

5.4. Sobre la denegación de terminación convencional

PROSEGUR alega falta de motivación en la denegación de la Dirección de Competencia de la propuesta de terminación convencional presentada por ambas partes.

En relación con ello, señalar que esta cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala en el recurso interpuesto por PROSEGUR contra la denegación de terminación convencional en el marco del presente procedimiento. En la resolución¹⁶² sobre el meritado recurso, esta Sala ya dio respuesta a las alegaciones idénticas a las aquí expresadas por PROSEGUR, acordando finalmente desestimar el recurso sobre la base de considerar que la Dirección de Competencia razona adecuadamente su negativa a aceptar los compromisos ofrecidos por las partes, que no resuelven los problemas detectados, y además ello no genera a las partes indefensión.

Teniendo en cuenta que esta Sala no ha variado su postura desde entonces, y que PROSEGUR no ha presentado nuevos hechos ni nuevas consideraciones

¹⁶¹ Folios 18729 a 18732.

¹⁶² Resolución de la CNMC de fecha 15 de septiembre de 2016 (R/AJ/317/16).

adicionales a las presentadas en el recurso de reposición citado, nos remitimos, para dar respuesta a la presente alegación, a la resolución de fecha 15 de septiembre de 2016, para evitar así repeticiones innecesarias.

5.5. Sobre la solicitud de confidencialidad

Las partes han solicitado que se declare confidencial cierta información contenida en los folios de sus escritos de alegaciones que se relacionan a continuación:

PROSEGUR

Escrito de alegaciones: página 8 (folio 19810); página 10 (folio 19812); página 11 (folio 19813); página 18 (folio 19820); página 19 (folio 19821); página 22 (folio 19824); página 23 (folio 19825); página 24 (folio 19826); página 25 (folio 19827); página 26 (folio 19828); página 28 (folio 19830); página 31 (folio 19833); página 32 (folio 19834); página 34 (folio 19836); página 42 (folio 19844); página 43 (folio 19844); página 49 (folio 19851); página 51 (folio 19853).

Anexo 2 (folio 19905); Anexo 4 (folios 19907 a 19918); Anexo 5 (folios 19919 a 19947) y Anexo 6 (folios 19948 a 19963).

LOOMIS

Escrito de alegaciones: página 9 (folio 19994), página 12 (folio 19997); página 13 (folio 19998); páginas 14 y 15 (folios 19999 y 20000); página 18 (folio 20003); página 19 (folio 20004)

Anexo 2 (folios 20063 a 20066); Anexo 3 (folios 20067 a 20115); Anexo 4 (folios 20116 a 20196), Anexo 5 (folios 20197 a 20212); Anexo 6 (folios 20213 a 20214) y Anexo 7 (20215 a 20254).

Esta Sala, una vez analizada la información, y de conformidad con el artículo 42 de la LDC, declara confidencial la información solicitada por las partes, a excepción de la información cuya confidencialidad fue denegada en la resolución de esta Sala de fecha 15 de septiembre de 2016 (R/AJ/296/16), y en particular la denegación se produce en relación con la siguiente información:

- a) Los estudios de subrogación presentados por PROSEGUR en la página 22 (folio 19824); página 23 (folio 19825); página 24 (folio 19826); página 32 (folio 19834); página 34 (folio 19836) y Anexo 2 (folio 19905).

Esta Sala, en la resolución citada ya señaló que los citados datos no son confidenciales, toda vez que se refieren a datos que se obtienen del Convenio Colectivo de Seguridad Privada, que prevé los supuestos y reglas para el cálculo de las plantillas a subrogar. Además, como ya se dijo igualmente entonces, se refieren a datos correspondientes a servicios que

venía prestando LOOMIS, por lo que los cálculos de PROSEGUR son meras hipótesis de datos correspondientes a LOOMIS.

- b) Dato presentado por PROSEGUR relativo a la estrategia de subrogación contenido en la página 19 (folio 19821).

Se refiere a un dato correspondiente al cese de la subcontratación de un servicio a fecha de agosto de 2016, por lo que refiere a una información pasada que no puede tener el carácter de confidencial.

- c) Datos presentados por PROSEGUR relativos a la estrategia de facturación con el BANCO POPULAR contenidos en la página 31 (folio 19833).

Esta Sala ya señaló en la resolución citada que el hecho de que PROSEGUR comenzara a cobrar al BANCO POPULAR determinados servicios que hasta la fecha no se facturaban independientemente, como consecuencia de la entrada en vigor de una nueva normativa comunitaria, en ningún caso constituye secretos comerciales.

Por otra parte, como también se dijo entonces por esta Sala, con respecto a la decisión interna de PROSEGUR de empezar a aplicar tarifas de paradas interurbanas a determinadas zonas de Madrid y Barcelona, se trata de información de carácter genérico que no desvela condiciones comerciales de la empresa.

- d) Dato relativo al volumen de negocio total de PROSEGUR en el año 2015 contenido en la página 49 (folio 19851) y página 51 (folio 19853), por ser un dato de carácter público.

SEXTO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

6.1.- Criterios para la determinación de la multa

El artículo 62.4.a) de la LDC establece que serán infracciones calificadas como muy graves las conductas que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

El apartado c) del artículo 63.1 de la citada norma señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Sobre la naturaleza del 10% (si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación) se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso

2872/2013)¹⁶³, sentencia que ha sido ya analizada en las últimas resoluciones de este Consejo. Según el Tribunal Supremo, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas.

Por un lado, los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”* y continúa exponiendo que *“se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica.”*

En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción”*. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe.

Por último, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala que *“las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.”* Asimismo, precisa que la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia no puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

6.2.- Criterios para la determinación de la sanción: valoración global de la conducta

Nos encontramos ante una infracción muy grave consistente en repartirse el

¹⁶³ También, en idéntico sentido, dos sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013) y otras posteriores.

mercado de transporte y manipulación de fondos en España desde, al menos, el año 2008 y hasta, al menos, el año 2015.

Se ha acreditado, por un lado, un reparto de servicios de clientes estratégicos, en la mayoría de los casos de los lotes en los que se dividen los contratos, y por otro lado, un reparto de clientes a través de la preservación de los servicios a favor de una de las empresas. Si bien el reparto del mercado se ha llevado a cabo de diversas maneras, la finalidad ha sido la misma, eliminar la competencia entre las partes en relación con sus clientes estratégicos a través de un pacto de no competencia y de no agresión, que ha permitido a ambas empresas eliminar la presión competitiva entre ellas, preservar y mantener prácticamente inalterada su posición en el mercado durante un prolongado periodo de tiempo, y excluir al resto de competidores presentes o potenciales.

Constituye por tanto una infracción muy grave (art. 62.4.a) que podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015, que es el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c).

En la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios total de las empresas infractoras en 2015:

<i>Empresas</i>	<i>Volumen de negocios total en 2015 (€)</i>
LOOMIS	130.160.000
PROSEGUR ¹⁶⁴	895.904.000

Teniendo en consideración estas cifras aportadas por las empresas, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Desde una perspectiva global de la infracción, el mercado afectado por la conducta, tal y como ya se ha señalado, es el mercado de transporte y manipulación de fondos en España. La duración acreditada es desde, al menos, el año 2008 hasta, al menos, el año 2015.

Por otra parte, el alcance geográfico de la conducta es de ámbito nacional con posible afectación del comercio intracomunitario.

El alcance de la conducta es especialmente significativo ya que, a lo largo del periodo en que se han desarrollado las conductas objeto de esta resolución,

¹⁶⁴ Volumen de negocios consolidado de PROSEGUR

correspondía a las empresas infractoras una cuota del mercado relevante del 100% en la Península, y del 90% si se incluyen además las Islas Baleares o las Canarias.

Por fin, se ha acreditado que la conducta ha producido diversos efectos anticompetitivos, entre los que conviene destacar la extraordinaria estabilidad de las cuotas de mercado a lo largo de toda la infracción, y el efecto alcista sobre los precios derivado de la capacidad negociadora de las dos empresas infractoras en un mercado que se acerca a una estructura de duopolio.

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, etc.– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta. En consecuencia, este Consejo considera que el reproche sancionador en este expediente debe situarse en un tipo sancionador global del 4,0%, sin perjuicio de los ajustes que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa.

6.3.- Criterios para la determinación de la sanción: valoración individual de la conducta de las personas jurídicas

Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador conviene considerar principalmente la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción. Esta cifra corresponde a la facturación de las empresas por los servicios de transporte y manipulación de fondos en España durante la conducta, y puede deducirse de los datos proporcionados por las empresas a requerimiento de la CNMC.

Los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa como de la intensidad de su participación en ella, y constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa (art. 64, 1, a y d).

En la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa durante la infracción, así como la cuota de participación de cada empresa en el volumen de negocios total afectado por la infracción en este expediente:

<i>Empresa</i>	<i>Volumen de negocios en el mercado afectado (€)</i>	<i>Cuota de participación en la conducta (%)</i>
LOOMIS	811.009.167	44,7%
PROSEGUR	1.003.232.750	55,3%

Siendo ello así, se considera adecuado a la necesaria individualización de las sanciones ajustar el porcentaje de la sanción al alza en proporción a la mayor participación de cada empresa en la facturación global en el mercado afectado por la conducta.

Por otra parte, no se aprecian circunstancias agravantes o atenuantes.

6.4.- Sanción a imponer a las personas jurídicas

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras a las que se aplica la LDC la sanción que se muestra en la tabla siguiente:

<i>Empresa</i>	<i>Volumen de negocios total (VT, en €) en 2015</i>	<i>Tipo sancionador (%)</i>	<i>Multa (en €)</i>
LOOMIS	130.160.000	5,4%	7.028.640
PROSEGUR	895.904.000	4,4%	39.419.776

Sin embargo, conviene subrayar en el caso de PROSEGUR que el tipo sancionador final que se muestra en la tabla anterior (4,4%) es inferior al que le hubiera correspondido de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción, que hubiera sido del 6,0%. El tipo sancionador de esta empresa se ha ajustado a la baja para garantizar que la sanción impuesta es proporcional a la efectiva dimensión de la infracción, de acuerdo con la mencionada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En este sentido, aunque un tipo sancionador fuera proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva, por ejemplo, cuando se trate de una empresa que actúa en otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción. En el caso de PROSEGUR, el volumen de negocios medio anual en el mercado afectado

durante la infracción es un 17,2% del volumen de negocios total de la empresa en 2015, lo que confirma que se trata de una empresa cuya actividad se desarrolla en buena parte en mercados distintos de los afectados por la conducta. Esto implica que si se le aplicara el tipo sancionador que le correspondería por la gravedad de la conducta y por su participación en ella, la sanción resultaría desproporcionada.

Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que las entidades infractoras podrían haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse *beneficio ilícito potencial*)¹⁶⁵. De acuerdo con las estimaciones realizadas con esos supuestos prudentes, si se aplicara a PROSEGUR el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción –un 6%, como se ha mencionado en el párrafo anterior–, le correspondería una sanción de 53.754.240 euros. Esta multa superaría el límite de proporcionalidad estimado, que está en el entorno de 41.200.000 euros. Por tanto, es necesario reducir el tipo sancionador hasta que la multa no supere ese límite.

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que el tipo sancionador adecuado para determinar el importe de la multa debe ser el 4,4% del volumen de negocios total de PROSEGUR en 2015, lo que supondría una sanción de 39.419.776 euros, que es la que aparece en la tabla anterior. Esta sanción, más reducida de lo que sería en principio adecuado a la gravedad y otras características de la infracción, se considera proporcionada para no penalizar a PROSEGUR por su condición de empresa multiproducto, de acuerdo con la citada sentencia del Tribunal Supremo.

En el caso de LOOMIS no ha sido necesario realizar un ajuste de proporcionalidad semejante porque la sanción resultante de aplicar el tipo sancionador que le corresponde, de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción, es muy inferior al límite de proporcionalidad estimado con los mismos criterios prudentes. Esto es coherente con su carácter de empresa monoproducto. En efecto, el volumen de negocios medio anual de LOOMIS en el mercado afectado durante la infracción es un 95,9% del volumen de negocios total de la empresa en 2015, lo que quiere decir que la mayor parte de su actividad se realiza en el mercado afectado.

¹⁶⁵ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras, o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como los *Ratios sectoriales de las sociedades no financieras* del Banco de España. Cuando no es posible tener datos específicos, los supuestos se basan en estimaciones de la literatura económica.

Los supuestos sobre estos parámetros son muy prudentes porque se exige que sean siempre razonables desde el punto de vista económico, y en caso de duda se toman siempre los valores más favorables a las empresas.

6.5.- Criterios de determinación y sanción a imponer a las personas físicas declaradas responsables

El artículo 63.2 de la LDC limita a un máximo de 60.000 euros la sanción a imponer a los representantes legales o personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión objeto de sanción.

Dado que, pese a la previsión tanto del artículo 10 de la Ley 16/1989 como del artículo 63.2 de la LDC, esta Sala de Competencia de la CNMC no ha tenido la oportunidad, hasta los expedientes más recientes, de pronunciarse sobre expedientes sancionadores de conductas respecto de las cuales la Dirección de Competencia propusiera la sanción a personas naturales, el deber general de ponderar los principios de proporcionalidad y disuasión que debe presidir cualquier actuación en esta materia se hace todavía más exigente.

Como se ha visto anteriormente, ha quedado acreditada la participación en la conducta sancionada de D. Juan Miguel Mata Montejo, Director General Comercial y representante legal de LOOMIS por apoderamiento, y D. José Luis Illana García, Director de Logística de Valores y Gestión de Efectivo en España y representante legal de PROSEGUR por apoderamiento.

Para la determinación de la sanción, primero han de tenerse en cuenta criterios objetivos, como la gravedad y demás rasgos característicos de la infracción, tal y como se han descrito en los apartados anteriores. Estos criterios pueden resumirse de forma sintética mediante la comparación entre el tipo sancionador que hubiera correspondido a sus empresas en función de la gravedad de la conducta y de su participación en la infracción, y por tanto antes del ajuste de proporcionalidad, con el máximo tipo sancionador posible según el art. 63 de la LDC, que es el 10%.

Después, han de tenerse en cuenta criterios subjetivos, entre los que destacan la duración de la participación de cada directivo y el nivel jerárquico de su puesto dentro de la organización.

Por lo que se refiere a la duración, mientras que se ha acreditado la participación de D. José Luis Illana durante toda la conducta, es decir, desde al menos septiembre de 2008 hasta el momento de realización de las inspecciones en 2015, la participación de D. Juan Miguel Mata Montejo se ha acreditado desde noviembre de 2011 hasta el mismo momento de las inspecciones en 2015.

En cuanto al nivel jerárquico de su puesto dentro de la organización, este segundo criterio de carácter subjetivo se ha traducido en anteriores expedientes sancionadores en la agrupación de los directivos en dos categorías, el de directivos de nivel 1, con mayor capacidad de decisión, y el grupo de directivos de nivel 2, con puestos directivos de algún modo subordinados a los de nivel 1. En este expediente, de acuerdo con lo señalado anteriormente en el apartado 4.5.b, los dos directivos pertenecen al primer nivel jerárquico.

Todos estos factores objetivos y subjetivos se resumen en la tabla siguiente. En la

última columna también se incluye la sanción que corresponde imponerles:

<i>Directivo</i>	<i>Tipo sancionador aplicado a sus empresas / Tipo sancionador máximo (%)</i>	<i>Duración de su participación en la infracción (meses)</i>	<i>Nivel de los directivos (1 o 2)</i>	<i>Multa (€)</i>
D. Juan Miguel Mata Montejo (LOOMIS)	5,4 / 10	39	1	16.600
D. José Luis Illana García (PROSEGUR)	6,0 / 10	76	1	36.000

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general de aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en acuerdos y prácticas concertadas entre las empresas PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L., por una parte, y LOOMIS SPAIN, S.A., por otra, para el reparto del mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España.

SEGUNDO. Declarar responsables de dicha infracción a las siguientes empresas y personas físicas:

1. PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L.

En el caso de PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial al 100% PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L., la responsabilidad es solidaria entre ambas empresas.

2. LOOMIS SPAIN, S.A.

3. D. José Luis Illana García, Director de Logística de Valores y Gestión de Efectivo en España y representante legal de PROSEGUR por apoderamiento.
4. D. Juan Miguel Mata Montejo, Director General Comercial y representante legal de LOOMIS por apoderamiento.

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

1. A PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L., se le impone el pago solidario de una sanción de **39.419.776 euros**
2. A LOOMIS SPAIN, S.A. se le impone el pago de una sanción de **7.028.640 euros.**
3. A D. José Luis Illana García se le impone el pago de una sanción de **36.000 euros.**
4. A D. Juan Miguel Mata Montejo se le impone el pago de una sanción de **16.600 euros.**

CUARTO.- Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

QUINTO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a esta Resolución aprobada, por mayoría **con el Voto de Calidad de Presidente** en la mañana del pasado Jueves día 10 de Noviembre del 2016 en el marco del Expediente Sancionador S/DC/0555/15 PROSEGUR-LOOMIS.

DISCREPANCIA que concreto y desarrollo en los siguientes **MOTIVOS**

PRIMERO.- CADUCIDAD DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR.-

En mi opinión, el presente Expediente Sancionador S/DC/0555/15 PROSEGUR-LOOMIS está caducado, **PERO NO PRESCRITO**.

A.- Decía en mi PONENCIA (que fue vencida en su día) que, la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **ARTICULO 36 Plazo máximo de los procedimientos** dispone que

“1. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador será de dieciocho meses a contar desde la fecha del Acuerdo de Incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente”.

De ahí que el Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en su **ARTICULO 28 Incoación del expediente** dispone en su apartado cuarto que

- *“el plazo de instrucción del expediente será de **DOCE MESES** a contar desde la fecha del Acuerdo de incoación (...)”.*

Ello en concordancia y armonía con lo prevenido en el **ARTICULO 38.1** de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

-----0-----

La STS 24 de Noviembre del 2014 (Recurso de casación 4816/2011) de la que fue Ponente el Excmo. Señor Magistrado Don Manuel Campos Sánchez Ambrona, al abordar la excepción de **CADUCIDAD** se pronuncia al efecto del siguiente tenor

*“Tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia **SOLAMENTE** establecen la caducidad para el transcurso del plazo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia (luego Dirección de Investigación, luego Dirección de Competencia) y el posterior ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (luego Comisión Nacional de la Competencia y hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) **SAN de 13 de Junio de 2011 Recurso 646/2009 Sección Sexta.***

*“La aplicación conjunta de los Artículos 47, 48 y 56 de la Ley 16/1989 obliga a confirmar la tesis de instancia. **NO PUEDEN PARIFICARSE**, a los efectos que aquí importan, **DOS PLAZOS DE NATURALEZA DIFERENTE.***

*Por un lado, existe un plazo máximo de **DOCE MESES** para la fase del procedimiento que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia, **plazo que se interrumpe** si, en el transcurso de dicha fase alguno de los interesados hace uso del mecanismo de recurso previsto en el artículo 47 contra los actos del servicio. Todo ello de conformidad con el Artículo 56 de la misma Ley 16/1989.*

*En todo caso, la declaración de caducidad (...) **lo sería sin mengua de su ulterior reapertura dentro del plazo de prescripción.***

*En todo caso, **la Información Reservada** tiene su propia regulación legal en el Artículo 36.3 de la Ley 16/1989 como fase previa a la iniciación de expediente sancionador y **no queda sujeta a plazos de caducidad.***

-----0-----

En esta misma línea pero en orden a la normativa propia de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia la **SAN de 11 de Junio de 2015 (Recurso 86/2012)** de la que fue Ponente el Ilmo. Señor Magistrado Don Santiago Soldevilla Fragoso, hace los siguientes pronunciamientos

*“La primera cuestión que debe abordarse es la relativa a la **CADUCIDAD** del Expediente administrativo (...). Ello es así, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 37.1.e) de la Ley 15/2007 y Artículo 12.1.b) del Real Decreto 261/2008 **DEBIENDO REFERIRSE A DIAS NATURALES EL COMPUTO DE DICHOS PLAZOS** ex apartado tercero del citado Artículo 12 del Real Decreto 261/2008.*

*En consecuencia, la tramitación y resolución del procedimiento **ha tenido una duración de 18 meses Y TRES DIAS**, superando por tanto el plazo de 18 meses establecido en el Artículo 36.1 de la Ley 15/2007.*

*La CNC incurre en un error al acordar el día 10 de Octubre del 2011 la **SUSPENSION** de la tramitación del procedimiento con fecha 6 de Octubre anterior.*

Esta práctica CONTRAVIENE lo dispuesto en los Artículos 57.1 y 3 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común “pues los actos administrativos producen sus efectos desde el momento en que se dictan, siendo absolutamente excepcional la posibilidad de dictarlos con efectos retroactivos, ya que en estos casos se limitan a los supuestos en que

- (1) la retroacción de efectos sea favorable al interesado*
- (2) o cuando se dicten en sustitución de otros anulados.*

*Ello es así, porque en caso contrario quedaría al criterio de la Administración la fijación de días iniciales y finales del cómputo del plazo de **CADUCIDAD** del Expediente administrativo **INCURRIENDO EN ARBITRARIEDAD ex Artículo 9 CE.***

*Ninguno de los dos supuestos concurren en el presente caso y así las cosas, es claro que la tramitación del procedimiento ha excedido de los 18 meses legalmente previstos (...) **por lo que procede declarar la CADUCIDAD del procedimiento.***

En esta misma línea las *SSTS 29 de Septiembre del 2016 (Recurso de casación 1142/2016), 11 de Octubre del 2016 (Recurso de casación 1908/2016) y 27 de Octubre del 2016 (Recurso de casación 1044/2013).*

B.- La anterior doctrina jurisprudencial aplicada al presente Expediente Sancionador (Hechos Probados) pone de manifiesto que

1º la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, **el día 20 de Abril del 2015** acuerda Incoar Expediente Sancionador contra Prosegur-Loomis “*en relación con la prestación y contratación de servicios en el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España*” (folios 335 a 337), sin perjuicio de un cita más extensa ex Propuesta de Resolución, apartado Primero.

En consecuencia el transcurso de los dieciocho meses tendría efectos el día 20 de Octubre del 2016.

2º No obstante estar concretados los mercados (de producto y geográfico) al territorio nacional **ESPAÑA**, esta Sala de Competencia el día 7 de Octubre “*acordó remitir a la Comisión Europea la información prevista en el Artículo 11.4 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de Diciembre del*

2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los Artículos 101 y 102 del Tratado”.

Por ello, “*el plazo máximo para resolver y notificar la resolución del expediente de referencia se entenderá suspendido desde la fecha de la notificación efectiva a la Comisión **7 de Octubre de 2016** y hasta que esta Institución se respuesta a la Información remitida **o transcurra el plazo de 30 días naturales** del que dispone para ello según el Artículo 11.4 del reglamento (CE) 1/2003).*

En consecuencia el plazo terminaría el día 7 de Noviembre del 2016.

3º Al parecer la Comisión Europea no tuvo a bien contestar a la solicitud de Informe y, por ello, el plazo de suspensión finalizaría transcurridos los treinta días naturales siguiente, por silencio.

4º En perjuicio de lo anterior, los Servicios de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia procedió con fecha **11 de Noviembre del 2016** a notificar a todas y cada una de las partes interesadas “*el levantamiento de la suspensión*” con las consecuencias inherentes ex Artículo 57.1 y 3 de la Ley 30/1992 y no darse ninguno de los supuestos de retroactividad (efectos): (a) ser favorables a los interesados; (b) o dictarse en sustitución de otros anulados.

5º Al haberse deliberado y aprobado la Resolución en la mañana del día 10 de Noviembre del 2016 este Expediente Sancionador, conforme a Ley y doctrina jurisprudencial, estaría CADUCADO por el transcurso del plazo de los 18 meses establecidos para su instrucción y resolución.

En apoyo de lo anterior deviene de aplicación la Ley 30/1992 en orden a la notificación de los actos administrativos (días ad quo y días ad quem) a la luz de la SAN de 8 de septiembre de 2016 en el recurso 119/2015.

6º con valor obiter dictum el acuerdo de remisión a la Comisión Europea para Informe de un Expediente que por su esencia, naturaleza, mercado y partes era de **conocimiento y competencia exclusivas del Reino de España**, por lo que estaríamos en presencia de un Acuerdo para mejor dilatar, en vez de para mejor proveer-resolver.

Con el inconveniente que tal acontecer ha llevado a la CADUCIDAD del Expediente Sancionador.

SEGUNDO.- PRESCRIPCIÓN y PRÁCTICA DE PRUEBAS.

Anteriormente decía que si bien este Expediente Sancionador, a mi juicio, estaba caducado, **no estaba prescrito**.

La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia en su **ARTICULO 68 Prescripción de las infracciones y de las sanciones** dispone en su apartado primero que *“las infracciones muy graves **prescribirán** a los cuatro años”*.

Por ello, esta Sala de Competencia tenía la posibilidad de acordar **per se motu proprio** la caducidad del Expediente y **ordenar** a la Dirección de Competencia (por devolución) y con traslado a las partes de dicho Acuerdo a los efectos de no producirles indefensión, **adentrarse en una más correcta instrucción, corrigiendo las incongruencias omisivas detectadas**.

Por ejemplo: deviene incomprensible que en este Expediente Sancionador que versa, nada más y nada menos que *“de la prestación y contratación de servicios en el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos públicos”*

- **no se hubiera acordado requerir al BANCO DE ESPAÑA** en tanto que único regulador-supervisor su opinión al respecto.
- de su alto parecer de lo dispuesto en la Ley 5/2004 de 4 de Abril de Seguridad Privada;
- del proceso de tratamiento, selección y recirculación (regulado Decisión BCE 20/10/14 modificada por la Decisión BCE 2012/19) de billetes euro, realizada por Centros Regionales **ubicados en las propias Sucursales del banco de España**.
- la autorización y externalización de funciones a través del SDA (Sistema de Depósitos Auxiliares del Banco de España) y de los Centros de Selección de billetes autorizados por el Banco de España.

- del Registro en el Ministerio del Interior, **previa autorización del Banco de España**, de aquellas Entidades que participen en el manejo de efectivo.
- de la Orden INT/317/2011 de 28 de Febrero sobre Medidas de Seguridad Privada (Artículo 1.1).
- Etc., etc.

Es contrario al principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, afectatorio del principio de legalidad, el sancionar a una empresas y en tan altas cifras (**por otra parte y ciertamente, sin motivación**) cuando en el presente Expediente Sancionador concurre **tal absoluta falta de instrucción (INCONGRUENCIA OMISIVA)**.

TERCERO.- DISCREPANCIA EN CUANTO AL FONDO.-

Alternativamente y **ad cautelam** en el estado actual de lo instruido y aprobado por el Voto del Presidente (ex Artículo 23.1.d) Ley 30/1992 de 26 de Noviembre) no puedo conforme a Derecho respaldar lo resuelto, de conformidad a lo que seguidamente expondré.

En orden a esta **DISCREPANCIA** deviene necesario y obligado recordar el **INFORME PROPUESTA** que la Dirección de Competencia elevara el día 8 de Julio del 2016 a esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en donde se dice

X.PROPUUESTA

A LA VISTA DE LO ACTUADO, conforme al Artículo 50.4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, se **PROPONE**

PRIMERO.- Que se declare la existencia de una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en acuerdos y prácticas concertadas entre las empresas PROSEGUR COMPAÑIADE SEGURIDAD SA., y su filial PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA SL., (conjuntamente PROSEGUR) por una parte y LOOMIS SPAIN SL. (LOOMIS) por otra, **PARA EL REPARTO DEL MERCADO DE SERVICIOS DE TRANSPORTE Y MANIPULACION DE FONDOS EN ESPAÑA**, que se ha concretado en

- (i) *un reparto entre las citadas empresas de los servicios de transporte y manipulación de fondos, prestados a determinados clientes DE CARÁCTER ESTRATEGICO PARA LAS PARTES, ya lo sea por la tipología del servicio o zona geográfica, así como*
- (ii) *en el reparto de otros clientes que solicitan los citados servicios.*

(1).

DISCREPANCIA en los siguientes apartados referidos al fondo, en tanto que de los aquí concretados son imposibles de asumir, conforme a Derecho., ex Artículo 27 apartados 3 y 4 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre.

A.- EL MERCADO.- A los efectos de este Expediente Sancionador, el mercado es el de *“los servicios de transporte y manipulación de fondos, objetos y materiales que por sus características precisen una vigilancia y protección especial, entre los que se encuentran el depósito y clasificación de monedas, billetes, títulos-valores”*.

Mercado que **prima facie** está sujeto a lo prevenido en la **LEY 5/2004 de 4 de Abril, DE SEGURIDAD PRIVADA** que vino a derogar la Ley 23/1992 de 30 de Julio, de Seguridad Privada, **aunque** mantuvo la vigencia, en lo que no la contraviniera, tanto del **Reglamento de Seguridad Privada** aprobado por el Real Decreto 2364/1994 de 9 de Diciembre; como del resto de la normativa de desarrollo de la Ley 23/1992 y del propio Reglamento.

-----0-----

Las Resoluciones dictadas por la autoridad de competencia (Tribunal de Defensa de la Competencia y Comisión Nacional de la Competencia) han determinado que *“es un producto diferenciado, dado su **INSUSTITUIBILIDAD** desde el punto de vista de la demanda”*. Y desde la perspectiva de la oferta *“y si bien las empresas de seguridad son las que pueden realizar **CON CARÁCTER EXCLUSIVO** los tres tipos de actividades descritos, **NO HAY UNA SUSTITUIBILIDAD INMEDIATA”***.

*“De hecho, **DEBIDO A LA EXHAUSTIVA REGULACION** en materia de seguridad privada y a los requisitos exigidos por ésta (Ley 5/2004) en materia de procedimientos e inputs productivos, sería muy costoso para una empresa*

prestadora exclusivamente de servicios de vigilancia, por ejemplo, pasar a ofrecer también servicios de transporte y manipulación de fondos. La puesta en marcha de los citados servicios requeriría de cuantiosas inversiones destinadas a la adquisición de vehículos blindados y al establecimiento de centros de procesado y custodia de fondos y valores, homologados de conformidad a la normativa vigente”.

Los anteriores asertos si bien conformaron parte de Mi Propuesta de Resolución (que fuera vencida) no son míos en puridad, sino que fueron establecidos por la Dirección de Competencia en la Página 9 de su Propuesta.

En consecuencia y como **Primera Discrepancia** debe concluirse diciendo que la Normativa Legal que regula, regla y ordena este mercado y en el orden a las posibles conductas seguidas por los operadores/operadoras, ESTÁN AMPARADAS por lo prevenido en el Artículo 4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Item más, no son los operadores/ras los que cierran el mercado o acuden a barreras de entrada en el mismo, sino el Imperio de la Ley al exigir determinados, expresos y concretos requisitos sine qua non.

B.- La Dirección de Competencia en la Página 10 de su PROPUESTA **enfatiza diciendo** que *“para poder comprender el papel que las empresas de transporte de fondos tiene en la actividad diaria de sus clientes y dadas las peculiaridades del efectivo, que es el principal artículo o mercancía objeto de este transporte y de su posterior manipulación, resulta relevante explicar SUCINTAMENTE como tiene lugar la circulación de efectivo en ESPAÑA”.*

(.....) El proceso de tratamiento, selección y recirculación (regulado en la DECISION BCE 20/10/14 modificada por la DECISION BCE 2012/19) de billetes euros, se realiza por los Centros regionales ubicados en las propias sucursales del Banco de España.

No obstante, para **garantizar la agilidad de la distribución y la recirculación del efectivo**, el BANCO DE ESPAÑA HA AUTORIZADO LA **EXTERNALIZACIÓN DE FUNCIONES** a través de dos tipos de CENTROS:

1º SISTEMAS DE DEPOSITOS AUXILIARES DEL BANCO DE ESPAÑA (SDA). Son centros de custodia de billetes del Banco de España distribuidos a lo largo del territorio nacional y ubicados en las bases de las compañías de transporte de fondos, donde las entidades de crédito **pueden acudir a retirar y devolver billetes, constituidos con el objeto de lograr un flujo de billetes más eficaz.**

Según el Boletín Económico del Banco de España de julio-agosto 2005 **SDA se apoya JURIDICAMENTE en un CONTRATO firmado entre el Banco de España y una Entidad representante de una Agrupación de Entidades de Crédito, mediante el cual el primero deposita billetes de su propiedad en determinados Centros Operativos. La Entidad Gestora se compromete a encargarse de la custodia y de la gestión de los fondos.**

Además de **ADMINISTRAR** el depósito propiedad del Banco de España, la Entidad Gestora **ACTUA DE VINCULO** entre éste y las Entidades adheridas. Son Entidades adheridas aquellas Entidades Financieras que deseen utilizar las **CAJAS DESPLAZADAS DEL BANCO DE ESPAÑA** y que firman un **CONTRATO DE SERVICIOS con las Entidades Gestoras.**

La Entidad Gestora centraliza y coordina el almacenaje y el transporte que las Compañías de Seguridad **LLEVAN A CABO DESDE LAS BASES OPERATIVAS A LAS ENTIDADES ADHERIDAS Y CON LAS SUCURSALES DEL BANCO DE ESPAÑA.**

A fecha actual, la Entidad Gestora SDA es la Sociedad Española de Sistemas de Pago (IBERPAY).

2º.- CENTROS DE SELECCIÓN DE BILLETES AUTORIZADOS POR EL BANCO DE ESPAÑA que realizan la actividad profesional de **recirculación de billetes en España.**

Pueden tener Centros de selección las Entidades de crédito, las Sociedades de transportes de fondos **INSCRITAS EN EL REGISTRO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR** y aquellas Entidades que participen a título profesional en el manejo de efectivo **“PREVIA AUTORIZACION DEL BANCO DE ESPAÑA”.**

A fecha actual, las únicas Entidades que disponen de Centros de Selección de billetes **AUTORIZADAS POR EL BANCO DE ESPAÑA** son las empresas de seguridad privada **LOOMIS** (con Centros de selección en Barcelona, Madrid, Valencia, Sevilla y Ceuta); **PROSEGUR** (con Centros de selección en Barcelona, Madrid, Valencia, Sevilla y Ceuta y Melilla); **SEGURIDAD INTEGRAN CANARIA SA.,** (en las Islas de la Palma, Santa Cruz de Tenerife, Fuerteventura y Las Palmas de Gran Canaria).

-----0-----

La Dirección de Competencia en la Página 11 de su PROPUESTA establece que “asimismo, el papel protagonista de las Empresas de Seguridad Privada en el Ciclo de efectivo **se vio reforzado por el hecho que las Entidades Financieras que operan en ESPAÑA, a partir de la década de los ochenta dejaron de realizar directamente el transporte de efectivo entre sus Agencias**

y el Banco de España, **pasando a contratar con las Empresas de Seguridad Privada la prestación de estos servicios, llegando a contratar TAMBIEN LA CUSTODIA DE SU CAJA CENTRAL**".

La normativa vigente en materia de transporte y manipulación de fondos establece una serie de **EXIGENCIAS** concretadas en la **ORDEN INT/317/2011 de 28 de Febrero, sobre Medidas de Seguridad Privada** y en su Artículo 1.1 dispone que *"los establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios efectuarán el transporte (...) cuando su valor exceda de las cantidades establecidas en la normativa sobre empresas de seguridad privada, **A TRAVES DE EMPRESAS DE SEGURIDAD AUTORIZADAS PARA TAL ACTIVIDAD**"*.

Por consiguiente y como **Segundo Reproche** debe estarse a lo concluido en el párrafo anterior, que deviene de aplicación en su totalidad de lo expuesto.

C.- Las anteriores autoridades españolas de competencia (Tribunal de Defensa de la Competencia y Comisión Nacional de la Competencia) ya han tenido oportunidad de manifestarse sobre el mercado geográfico, que presenta muchas de las características de un mercado nacional, al decir de los Expedientes de Concentración **C-57/2000 Prosegur-Blindados de Norte y C-0416/2011 Loomis-Efectivox**.

La Dirección de Competencia, en armonía y concordancia con los citados Expedientes de Concentración y para este Expediente Sancionador *"considera que el mercado analizado ha consolidado su dimensión NACIONAL, como consecuencia de las alteraciones experimentadas en la estructura y la demanda de estos servicios"*.

Y sigue diciendo que *"a fecha actual **SÓLO COEXISTEN** dos Empresas de Seguridad Privada con estructura a nivel nacional, ya que el resto de operadoras que venían prestando servicios a nivel supra-regional han desaparecido, bien por haber sido adquiridas por otro competidos (caso de Efectivox), bien por haber cesado en su actividad (caso de Esabe Vigilancia)*.

En consecuencia, no son las conductas seguidas por las dos empresas imputadas, sino que ha sido el propio mercado a la luz de lo concretado por la Dirección de Competencia, el que se ha encargado de hacerlo.

CUARTO.- SUBCONTRATACIÓN Y SUBROGACIÓN.-

A.- En este concreto apartado, la Dirección de Competencia sigue diciendo que *“asimismo, es práctica habitual entre los operadores del mercado la de **SUBCONTRATAR** los servicios en aquellos territorios donde no disponen de la infraestructura necesaria para ello, en orden a hacer efectiva una oferta de servicios a nivel nacional”*.

Aserto que desarrolla a lo largo de las Páginas 19 y siguientes (folios 14582 y folios 9486 y 9487) y Páginas 155 y siguientes en las que contesta a las alegaciones de las empresas imputadas al Pliego de Concreción de Hechos.

Contestaciones que son *“asertos que considero contrarios y contradictorios in se”*, *“al adentrarse en juicios de valor, que ni siquiera podrían acogerse a la prueba de indicios o presunciones”*. A simple modo de ejemplo

*“(258) Sin perjuicio de que se haya admitido que las entidades financieras desempeñan un papel relevante en el mercado analizado, dado su papel de intermediadores en el ciclo del efectivo, esta Dirección de Competencia **discrepa con rotundidad** con la opinión sugerida, tanto de manera directa, como indirecta, por todas las partes del expediente, de conformidad con la cual **el poder de negociación de los clientes, especialmente en el caso de las Entidades Financieras, que integran la demanda a nivel nacional (...)** es tal que los proveedores se ve obligados a ajustarse a las condiciones comerciales que estos clientes les exigen”*.

*“(263) En el Expediente **C-57/2000 PROSEGUR-BLINDADOS DEL NORTE** el hoy extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, en el Dictamen fechado el 17 de Septiembre del 2001 explica que **“el poder de negociación de los precios por parte de las Entidades Financieras DEPENDIA fundamentalmente de dos factores: del tipo de servicio requerido por el cliente (número de paradas urbanas o interurbanas; tratamiento de moneda nacional o extranjera, etc.) y del Volumen de negocio contratado”***.

*“(267) Adicionalmente, tal y como puede apreciarse en los **Procesos de Negociación** que las partes han desarrollado con los diversos clientes en el PCH, tanto LOOMIS como PROSEGUR han introducido conceptos de **Difícil Comprensión para el Cliente** y, en otras ocasiones, se han acumulado bajo el mismo concepto tarifario elementos de la prestación que, según las propias Entidades son muy diferentes entre sí, bajo el paraguas de la simplificación, **LO QUE LLEVA A QUE EL CLIENTE DIFÍCILMENTE PUEDA CONTESTAR O NEGOCIAR LAS TARIFAS OFERTADAS POR LOOMIS y PROSEGUR.***

*“(271) Adicionalmente, esta Dirección de Competencia considera que a lo largo del PCH se han expuestos **diferentes argumentos** que demuestran, no sólo el asimétrico poder de negociación que presentan PROSEGUR y LOOMIS frente a sus principales clientes de dimensión nacional, sino que estos clientes se han*

transformado en una demanda cautiva de estos proveedores de servicios esenciales.

*“(272) **LA NORMATIVA VIGENTE** en materia de transporte y manipulación de fondos, **actúa como una muy difícilmente franqueable BARRERA a la entrada para nuevos operadores (...)** esta Dirección de Competencia considera que las Entidades Financieras **no pueden recurrir a otras alternativas para la prestación de estos SERVICIOS ESENCIALES para desarrollar su actividad***

*“(274) (...) la oferta del mercado español de transporte y manipulación de fondos **SOLO CUENTA** con dos operadores PROSEGUR y LOOMIS, **con capacidad para prestar servicios a nivel peninsular**, sin que los clientes puedan recurrir a otros operadores (SIC y TABLISA)...**lo que les convierte efectivamente en demanda cautiva de las citadas empresas***

*“(278) (...) esta Dirección de Competencia quiere destacar que con las prácticas concertadas de reparto de mercado, LOOMIS y PROSEGUR en la práctica eliminaban todo riesgo de que el posible poder compensatorio de la demanda **les perjudicasen en la medida que los clientes con necesidades en la Península no tenían ninguna alternativa real a la que acudir**”.*

Tales asertos, están a mi entender poco motivados y pueden resultar algo hipotéticos y en consecuencia, NO PUEDEN SER ASUMIDOS, por cuanto ello nos llevaría a admitir como doctrina indubitada que **(1)** las principales entidades financieras, industriales y comerciales de España son indoctas en Derecho y fácilmente manipulables; **(2)** no tienen los Servicios Jurídicas y Económicos profesionales necesarios; sino que **(3)** son ignorantes exponencialmente supinos del Ordenamiento Jurídico (Obligaciones y Contratos del Código Civil), así como de los Principios Rectores de la Política Social y Económica, plasmados en nuestro Texto Constitucional.

B.- En orden a las Obligaciones Laborales derivadas del Convenio Colectivo Sectorial, la Dirección de Competencia en su Propuesta hace afirmaciones tan contradictorias como las siguientes

*“(283) Esta Dirección de Competencia no ha omitido (SIC) la existencia de un Convenio Colectivo Sectorial **EN EL QUE SE EXIGE, CUANDO SE PRODUZCA UN CAMBIO DE EMPRESA** en relación con los servicios de transporte y manipulación de fondos, **el nuevo operador deberá SUBROGAR a parte de los trabajadores que venían prestando ese servicio previamente**”.*

*“(284) Ahora bien, el hecho que PROSEGUR y LOOMIS utilicen de manera sistemática la **OBLIGACION DE SUBROGACION (...)** no puede ser aceptada por parte de la Dirección de Competencia”.*

Esta manifestación es ciertamente grave por cuanto un Organismo de la Administración General del Estado **se declara insumiso al Ordenamiento Jurídico al manifestar públicamente y en una Resolución administrativa su no cumplimiento: no aceptación.**

“(285) En primer lugar, es cierto como alegan las partes, que **la Autoridad Española de Defensa de la Competencia** ha tenido la oportunidad de analizar el alcance de la **SUBROGACIÓN** desde la perspectiva de defensa de la competencia en el marco de los Expedientes Sancionadores S/0187/09 CONVENIO DE SEGURIDAD y S/0398/12 LOOMIS-PROSEGUR.

“(286) Ahora bien, **pretender que los pronunciamientos tanto de la CNMC como en sede judicial permitan AVALAR** las prácticas concertadas analizadas en el marco del presente expediente no parece, a juicio de la Dirección de Competencia, **ajustado a Derecho en este caso.**

“(287) Al contrario, dado el papel relevante que han jugado PROSEGUR y LOOMIS en la redacción de estos Convenios, por su elevado peso en la patronal de este sector, **estas empresas deberían haber sido especialmente cuidadosas** en no utilizar este instrumento laboral que ellas mismas habían contribuido a diseñar **para implementar conductas anticompetitivas entre sí.**

“(288) En segundo lugar, como se describe por LOOMIS en su escrito de alegaciones, el Artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Seguridad, **ESTABLECE** como parámetro principal para determinar el número de trabajadores que **deben ser subrogados** “los servicios prestados o paradas, que se hubiesen realizado, en las Entidades objeto de la SUBROGACION, durante los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la SUBROGACION”.

“(292) Asimismo, tras la última REFORMA LABORAL de Febrero de 2012 se ha flexibilizado significativamente los mecanismos de movilidad funcional y geográfica de los trabajadores, **lo que facilita la asignación de los trabajadores subrogados a los ámbitos en lo que serían más productivos y REDUCE LAS INEFICACIAS que podría causar la subrogación”.**

“(293) Adicionalmente, dadas las limitaciones a la duración de la jornada de los empleados en las rutas, muchas veces la captación de nuevos empleados a través de la SUBROGACION es una ventaja para las empresas, que pueden aprovechar los nuevos clientes y los nuevos empleados subrogados **PARA HACER UN USO MAS INTENSIVO Y EFICIENTE DE LOS FURGONES BLINDADOS**, que también son una fuente de costes fijos muy importante.

“(295) (...) **lo que parece desprenderse de las alegaciones de LOOMIS y PROSEGUR es que estos operadores parecen haber renunciado a RACIONALIZAR sus propias rutas como mecanismos de bloqueo a la entrada de otro competidor y, por ende, por el mantenimiento de unas estructuras operativas ineficientes y sobrevaloradas, bajo las que los**

clientes pierden cualquier capacidad de negociación y las partes mantienen su posición preexistente en el mercado.

Decía en Mi Ponencia (la que fuera vencida por mayoría simple) y hoy reitero, mi imposibilidad a asumir tales despropósitos, pues ello nos llevaría al absurdo de **(1)** pretender dar normas de comportamiento a los empresarios; **(2)** indicarles imperativamente como llevar sus empresas; **(3)** inducirles a presentar ERE regulatorios.

La SALA DE COMPETENCIA no está para estos **dislates promocionales**.

QUINTO.- SANCION IMPUESTA: FALTA DE MOTIVACIÓN.-

La Resolución aprobada con el Voto de Calidad del Presidente, se desarrolla a lo largo de **132 Páginas**. De estas, la Resolución despacha la imposición de la sanción en las páginas 126, 127, 128 y parte de la 129 del siguiente tenor literal

6.2 Criterios para la determinación de la sanción: valoración global de la conducta

“Teniendo en consideración estas cifras aportadas por las empresas, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 LDC, de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

*Desde una perspectiva global de la infracción, el mercado afectado por la conducta, tal y como ya se ha señalado, es el mercado de transporte y manipulación de fondos en España. **La duración acreditada es desde, AL MENOS, el año 2008 hasta, AL MENOS, el año 2015.***

*El alcance de la conducta es especialmente significativo ya que, a lo largo del periodo en que se han desarrollado las conductas, objeto de esta resolución correspondía a las empresas infractoras una cuota del mercado relevante **del 100% en la Península y del 90% i se incluyen las Islas Baleares o las Canarias.***

*Por fin, se ha acreditado que la conducta ha producido diversos efectos anticompetitivos, entre los que conviene destacar **la extraordinaria estabilidad de las cuotas de mercado** a lo largo de toda la infracción y **el efecto alcista sobre los precios** derivado de la capacidad negociadora de las dos empresas infractoras en un mercado que se acerca a una estructura de duopolio.*

*Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, etc.– **permite concretar**, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, **la valoración global DE LA DENSIDAD DE LA CONDUCTA.***

*En consecuencia este CONSEJO considera que el reproche sancionador en este expediente debe situarse en un tipo sancionador global del 4%, **sin perjuicio de los ajustes que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empres***

6.3 Criterios para la determinación de la sanción: valoración individual de la conducta de las personas jurídicas.

*Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador **conviene considerar** la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción. Esta cifra corresponde a la facturación de las empresas por los servicios de transporte y manipulación de fondos en ESPAÑA durante la conducta **y puede deducirse de los datos proporcionados por las empresas a requerimiento de la CNMC.***

*Los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta **muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción**, que depende tanto de la duración de la conducta que se ha acreditado para cada empresa **COMO DE LA INTENSIDAD** de su participación y constituye por eso un **criterio de referencia adecuado** para la determinación de la sanción que procede imponer a cada empresa (art.64.1 a y d).*

En la tabla siguiente se recoge el volumen de negocios del mercado afectado por cada empresa durante la infracción, así como la cuota de participación de cada empresa en el volumen de negocios total afectado por la infracción en este expediente.

(...)

*Siendo ello así, se considera adecuado a la necesaria individualización de las sanciones **AJUSTAR EL PORCENTAJE** de la sanción **AL ALZA** en proporción a la mayor participación de cada empresa en la facturación global en el mercado afectado por la conducta.*

Por otra parte, no se aprecian circunstancias agravantes o atenuantes.

6.4 Sanción a imponer a las personas jurídicas

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que corresponde imponer a las entidades infractoras a las que se aplica la LDC la sanción que se muestra en la Tabla siguiente

(...)

Sin embargo, conviene subrayar en el caso de PROSEGUR que el tipo sancionador final que se muestra en la tabla anterior (4,5%) es inferior a la que le hubiera correspondido de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción, que hubiera sido del 6%.

El tipo sancionador de esta empresa se ha **AJUSTADO A LA BAJA para garantizar** que la sanción impuesta es **PROPORCIONAL A LA EFECTIVA DIMENSION DE LA INFRACCION**, de acuerdo con la mencionada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En este sentido, aunque el tipo sancionador **FUERA PROPORCIONADO** a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa **PODRÍA CONDUCIR** a una sanción en euros que no respetara **LA PROPORCIONALIDAD con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva**, por ejemplo, cuando se trate de una empresa que actúa en otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción.

En el caso de PROSEGUR el volumen de negocios medio anual en el mercado afectado durante la infracción es un 17,2% del volumen de negocios total de la empresa en 2015, lo que confirma que se trata de una empresa cuya actividad se desarrolla **en buena parte en mercados distintos de los afectados por la conducta**. Esto **IMPLICA** que si se le aplicara el tipo sancionador **que le correspondería** por la gravedad de la conducta y por su participación en ella, **resultaría desproporcionada**.

Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del **BENEFICIO ILÍCITO** que las entidades infractoras **PODRÍAN HABER OBTENIDO** de la conducta bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse beneficio ilícito potencial).

DE ACUERDO CON LAS ESTIMACIONES REALIZADAS CON ESOS SUPUESTOS PRUDENTES, si se aplicara a PROSEGUR el tipo sancionador que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción –un 6% como se ha mencionado en el párrafo anterior– le correspondería una sanción de 53.754.240 euros.

Esta multa superaría el límite de proporcionalidad ESTIMADO, que está en el entorno de 41.200.000 euros. POR TANTO, ES NECESARIO REDUCIR EL TIPO SANCIONADOR HASTA QUE LA MULTA NO SUPERE ESE LIMITE.

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que el tipo sancionador **ADECUADO** para determinar el importe de la multa debe ser el 4,4% del volumen

de negocios total de PROSEGUR en 2015, lo que supondría una sanción de 39.419.776, que es la que aparece en la tabla anterior.

Esta sanción, más reducida de lo que sería en principio adecuado a la gravedad y otras características de la infracción, se considera proporcionada para no penalizar a PROSEGUR por su condición de empresa multiproducto, de acuerdo con la citada sentencia del Tribunal Supremo.

*En el caso de LOOMIS no ha sido necesario realizar un ajuste de proporcionalidad semejante porque la sanción resultante de aplicar el tipo sancionador que le corresponde de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción, **ES MUY INFERIOR AL LIMITE DE PROPORCIONALIDAD** estimado con los mismos criterios prudentes. Esto es coherente con su carácter de empresa monoproducción.*

En efecto, el volumen de negocios medio anual de LOOMIS en el mercado afectado durante la infracción es un 95,9% del volumen de negocios total de la empresa en 2015, lo que quiere decir que la mayor parte de su actividad se realiza en el mercado afectado.

-----0-----

I.- DISCREPANCIA EN BASE JURIDICA.-

Reitero mi **DISCREPANCIA** ya manifestada en anteriores Votos Particulares, por cuanto la misma es de aplicación, también y ahora, a esta Resolución. Decía y digo ahora

*“En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, **dada la redacción** de esta Resolución, decir que la misma es nula de pleno derecho por vulnerar los principios de legalidad y subsiguiente seguridad jurídica, con efectos de vulnerar la tutela judicial efectiva (ex Artículos 9 y 24.1 CE). Y ello en mérito a las siguientes consideraciones:*

1º Motivación de las Resoluciones.- A modo de simple cita y sin ánimo de agotar el tema, **la STS de 16 de Febrero del 2015** ordena en sus varios pronunciamientos

*“Sobre la interdicción de que los órganos judiciales y/o administrativos incurran en **la Violación del Deber de Motivación de sus Decisiones**, que garantizan los Artículos 24.1 y 120.3 CE como un derecho fundamental reconocido a los ciudadanos.*

*“Y ello como garantía esencial para el justiciable, mediante la cual es posible comprobar que la decisión adoptada es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento Jurídico **y no fruto de la arbitrariedad**; y que no impone **SÓLO** la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas **SINO QUE ADEMÁS ESTA HA DE TENER UN CONTENIDO JURIDICO**”* (por todas las SSTs 118/2006 de 24 de Abril; 67/2007 de 27 de Marzo; 44/2008 de 10 de Marzo; 139/2009 de 15 de Junio; 160/2009 de 29 de Junio).

En este mismo sentido la STS de 30 de Septiembre del 2009 (Recurso de casación 1435/2008) en la que sostiene

*“el cumplimiento de los deberes de **motivación y de congruencia se traduce**, en síntesis en una triple exigencia: **(1)** de un lado, la exteriorización de un razonamiento que siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el Juzgador; **(2)** de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que habiendo sido planteadas en el proceso necesitan ser abordadas por depender de ellas la decisión; y **(3)** en fin, una decisión cuyo sentido abarque inequívocamente todas las pretensiones deducidas. Por cuanto y en todo caso, las resoluciones deben ser claras, precisas y congruentes, a la par que motivadas”.*

2º Principio de graduación y proporcionalidad.- La STS de 22 de Mayo del 2015 (Recurso de casación 658/2013) dictada por la Excm. Sección Tercera, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su Fundamento de Derecho Séptimo establece los siguientes pronunciamientos

*“(....) es acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en las Sentencias de 6 de Junio del 2007 (Recurso de casación 8217/2004) y 30 de Septiembre del 2013 (Recurso de casación 5632/2009) que **EXIGE** a la Administración que individualice la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, **puesto que el ejercicio de la potestad sancionadora es de carácter reglado**; y está en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en las Sentencias de 30 de Mayo del 2013 (C-70/12) y 29 de Abril del 2015 (C-148/14) que **OBLIGA** a las autoridades administrativas y a los Tribunales de Justicia, en **su FUNCION DEL CONTROL DE LA LEGALIDAD** de las sanciones administrativas impuestas, **a considerar la totalidad de las circunstancias de hecho o de derecho específicas**, así como a tener en cuenta el comportamiento del presunto responsable y la mala fe o el ánimo fraudulento, **a los efectos de determinar el importe de la sanción en la forma***

coherente y objetiva, con la debida observancia del principio de proporcionalidad”.

La SAN de 30 de Enero del 2014 (Recurso 422/2012) recuerda que “constituye un principio esencial del derecho punitivo español la división en grados (**mínimo, medio y máximo**) dependiendo de la fijación de la cuantía de la multa/sanción la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad: eximentes, atenuantes y/o agravantes).

De ahí que partiendo de lo prevenido en los Artículos 62, 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, la doctrina jurisprudencial ha ido desarrollando, concretando y acotando, sobre la base legan de dichos preceptos normativos, la siguiente debiendo valorarse

- a) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión y las características del mercado afectado.
- c) Los efectos de la infracción en el mercado y sobre los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos
- d) La duración temporal de la conducta restrictiva de la competencia.
- e) La reiteración y demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.
- f) La distinción entre conductas plenamente deliberadas, de las simplemente negligentes; o en las que coexistan mala fe o un ánimo fraudulento.

Y todo ello “**en orden a la discrecionalidad, que no arbitrariedad**” que la Ley concede al Órgano sancionador y que debe ser ejecutada siempre “**ponderando** las circunstancias concurrentes en cada caso, al objeto de alcanzar la necesaria y debida **proporcionalidad** entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida; dado que toda sanción **debe determinarse en congruencia con los señalados principios de tipicidad, proporcionalidad e individualización de la sanción**, con la finalidad de adaptarla a la gravedad de la conducta”.

La simple lectura de lo acordado en la Resolución aprobada es de **imposible asunción**, por cuanto en un **totum revolutum** lo mismo habla de un tipo sancionador X para en momento posterior elevarlo a

*una de las empresas imputadas y **en clara arbitrariedad discriminatoria** aplicar otro muy diferente, cuando ambas empresas han actuado en el mismo mercado, en el mismo periodo temporal **repartándose el mercado** (según la imputación PCH y Propuesta de Resolución) y **nunca se ha imputado por concertación de precios**, cuestión ésta sustantiva en este Expediente sancionador.*

*Y ello tras manifestar la Dirección de Competencia que las empresas imputadas **han actuado en un mercado regulado por una específica normativa (Ley, Decisiones, Orden INT, Convenio Colectivo Sectorial)** conductas que, en todo caso, vienen amparadas por lo ordenado en el Artículo 4 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.*

-----0-----

II.- DISCREPANCIA EN BASE ECONÓMICA.-

En los anteriores Votos Particulares Adherentes, el Ilustre Señor Consejero Don Benigno Valdés Díaz ha venido concretando y desarrollando su **DISCREPANCIA** a las Resoluciones aprobadas, del siguiente tenor

*“Considero que la RESOLUCION aprobada no satisface la obligación, repetidamente recordada por el TS, de fijar la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte de forma **debidamente motivada**. De la lectura de la RESOLUCION es **totalmente imposible** conocer el procedimiento de que la lectura de la RESOLUCION los sancionados puedan saber cómo resultan las cifras utilizadas (y ello contrasta con su extraordinaria finura numérica).*

*“En consecuencia, la individualización de la sanción ex Artículo 64 de la Ley 15/2007 **a fortiori** requiere un procedimiento más atinado que la simple apreciación subjetiva en cada caso. Es decir, debe existir un mecanismo preciso que, en función de lo estipulado en el Artículo 64 produzca un resultado sancionador (...). Pues bien ¿cuál ha sido, si alguno, ese procedimiento sancionador?. **No hay forma de saberlo.***

*“¿**Cuál es el beneficio ilícito que, según la propia RESOLUCIÓN, resulta necesario para realizar “cualquier valoración de la proporcionalidad”?. No se sabe.**”*

*“En relación con ello, los miembros de la SALA con cuyos votos ha sido aprobada la RESOLUCION afirman poseer un método para realizar “la estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría (SIC) haber obtenido de la conducta”. Pero el caso es que aunque llevo pidiendo conocerlo desde hace mucho tiempo **y a pesar de ser miembro de la SALA,** aún no he conseguido verlo.*

“¿Qué es el límite de proporcionalidad? No se sabe. En lo que a mí se refiere no tengo el más mínimo inconveniente en que la mayoría de la SALA introduzca nuevas categorías analíticas siempre que se proporcione su correspondiente DEFINICION. De otro modo, nadie –ni el administrado, ni sus representantes– pueden saber de qué se está hablando con la seguridad exigible en una RESOLUCION.

SEXTO.- CONCLUSIÓN.-

En mérito a todo lo anteriormente expuesto, concretado y desarrollado **NO PUEDO ASUMIR** la Resolución aprobada en la mañana del Jueves día 10 de Noviembre de este corriente año 2016 por las siguientes consideraciones

1ª en mi opinión este Expediente Sancionador esta **CADUCADO pero NO PRESCRITO** por lo que, al estar incompleto y siendo deficiente su instrucción, hubiera sido procedente a la par que pertinente que esta SALA DE COMPETENCIA **per se motu proprio** hubiera acordado la CADUCIDAD y la devolución a la Dirección de Competencia para realizar una correcta instrucción. Por ejemplo, solicitar Informe al Banco de España.

En orden a Mi Propuesta y mucho más habida cuenta que el Presidente, según manifiesta, ha sido Consejero del Banco de España, si bien y al parecer no Consejero Ejecutivo, en aras a una correcta sujeción aplicativa del Ordenamiento Jurídico (Resolución conforme a Derecho) hubiera debido ser él el proponente

2ª alternativamente y **ad cautelam** las conductas que se imputan a las dos empresas están incursas en lo ordenado en el **Artículo 4 Conductas exentas por Ley**, de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, habida

cuenta de la Normativa Legal que desarrolla el mercado de “servicios de transporte y manipulación de fondos en España” (ex Informe Propuesta, apartado Primero).

3ª ítem más, la Resolución aprobada con voto de calidad, en el orden sancionador y cuantificador de las multas-sanciones impuestas, ***al venir carente de toda motivación ; ser incongruente ; contraria y contradictoria a la vez y llena de lugares comunes y juicios subjetivos de valor no contrastado (prueba diabólica)***, conlleva inherente una nulidad de lo actuado.

Así, por este MI **VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** lo formulo, ordeno y mando en Madrid siendo las 10:00 horas de la mañana del Lunes día 14 de Noviembre del 2016.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz en la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día reflejado *ut supra*, en el marco del Expte. S/0555/15 PROSEGUR-LOOMIS

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- Para apoyar la *Resolución* debería estar convencido de que, como se afirma en ella (Pág. 131, *RESUELVE PRIMERO*, énfasis añadido), realmente ha quedado «acreditada la existencia de una infracción [...] consistente en acuerdos y prácticas concertadas entre PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L., por una parte, y LOOMIS SPAIN, S.A., por otra, para el reparto del mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España.» No tengo esa clase de convicción, por las razones que a continuación expongo.

Las empresas sancionadas suman una cuota de mercado «del 100% en la Península y del 90% si se incluyen además las Islas Baleares o las Canarias». Dados el pequeño peso del mercado balear y canario en relación al conjunto nacional, y además su carácter de insularidad, a efectos analíticos estamos en presencia de un *duopolio*. En adición, se trata de un mercado en el que (i) la cuota de cada una de las dos empresas no se distribuye de manera *homogénea* desde el punto de vista geográfico; y (ii) el coste en el que cada una de ellas debe incurrir para llevar su actividad a zonas donde no tiene una infraestructura adecuada es muy alto en relación al retorno de esa actividad. Ambas cosas son esenciales a los efectos del análisis que sigue.

La *Resolución* se asienta en la observación de dos fenómenos: (i) la estabilidad de las cuotas de mercado y (ii) el hecho de que los precios no han experimentado una reducción durante el periodo considerado, «*sino que estas compañías han venido incrementándolos*». Ahora bien, *en una situación de duopolio* con las características descritas, la existencia de ambos fenómenos es posible sin que medie concertación alguna, y como resultado de un *comportamiento estratégico* por parte de las dos empresas que es perfectamente *racional desde el punto de vista económico*: dejar las cosas como están porque, en sus circunstancias específicas, estrategias encaminadas a expandir la cuota de mercado – singularmente la guerra de precios– bien pueden conducir a una pérdida de beneficio para ambas... además de no conseguir ganancia de cuota.

Por lo demás, esa estrategia no es ilegal. La Ley no dice que renunciar a desencadenar una guerra de precios, o conformarse con una cuota de mercado concreta, son acciones contrarias a Derecho. Lo que sí dice es que constituye una infracción conseguir esos fines por medio de la concertación (acuerdos entre las partes). Así pues, lo que la CNMC debe probar es que la estabilidad de cuotas de mercado en el *duopolio* que ahora nos ocupa, lejos de ser resultado de una

estrategia económica *racional y legal* por parte de las dos empresas, es producto de *acuerdos* colusorios entre ellas y específicamente dirigidos a conseguir ese fin. (La CNMC no tiene que probar lo mismo en relación a la observada rigidez de precios a la baja porque, si bien según la *Propuesta de Resolución* de la DC lo que ese fenómeno «*evidencia es que PROSEGUR y LOOMIS han recurrido a las prácticas concertadas*», al final la *Resolución* sólo hace referencia a colusión «*para el reparto del mercado*» (no para éso y para fijar precios. *Vid. RESUELVE PRIMERO*, Pág.131).

En suma, estamos ante un episodio de lo que en Teoría Económica se denomina *Equivalencia Observacional*: la observación de un fenómeno (aquí, la estabilidad de las cuotas de mercado en un duopolio de las características señaladas) al que se puede encontrar más de una explicación científicamente admisible; y cuando eso ocurre, no es aceptable optar por una de ellas sin demostrar por qué las alternativas resultan inasumibles. Estas situaciones se dan en todos los campos, incluido el del Derecho; y la jurisprudencia, tanto de nuestro Alto Tribunal como del TSJUE (si ha de aplicarse al caso que nos ocupa), indica lo siguiente: Corresponde a la CNMC demostrar que, de modo *incuestionable*, la estabilidad de la cuota de mercado se debe a un acuerdo colusorio entre las dos empresas y no a una *estrategia económica* por parte de ellas que es *racional y legal*.

En la *Resolución* (*Vid. Pág. 17*) se afirma proporcionar esa prueba «*en las páginas 17 a 96*». Pero no tengo la absoluta convicción de que eso es así. Por ejemplo –y a modo indicativo del tipo de duda al respecto–, el primer episodio que considera la *Resolución* concierne a la licitación de la Empresa METRO de Madrid, y dice lo siguiente (Pág. 19, énfasis añadido):

«[...] En el citado correo, el Sr. [XXX] (Gerente de operaciones de gestión de efectivo de la zona de Madrid, empleado de LOOMIS) comunica al Sr. [XXX] (Director Nacional de transporte de fondos de LOOMIS): "[...] En cuanto al concurso de Metro. Te remito la tabla que te envié el otro día a la que he estado incorporando una 3ª pestaña que llamo Decisiones licitación en la que sale claramente los lotes que debemos dejar que se lleve Prosegur, ofertando para ellos el precio máximo [...]" [...] Concretamente, se asignaban a LOOMIS 4 lotes (lotes 1, 2, 4 y 6), mientras que PROSEGUR debería ofertar a los otros 2 lotes (3 y 5). Con esta asignación ambas compañías preservaban el mismo número de lotes que les habían sido adjudicados en la licitación anterior del año 2008».

Para la mayoría de la SALA con cuyos votos ha sido aprobada la *Resolución* lo descrito es una prueba de colusión; para mí, no lo es: el «Gerente de operaciones de gestión de efectivo de la zona de Madrid» puede comunicar a su superior, el «Director Nacional de transporte de fondos», que es mejor para la compañía dejar las cosas como están porque... *los números no salen para intentar ir más lejos*. En tal caso, su propuesta es razonable: participar en la licitación de los lotes en cuestión con el precio máximo con el objeto –por ejemplo– de dejar patente que la

empresas existe, y nada más; puro paripé; y esa actitud, frecuente en el mundo empresarial, en sí misma no constituye prueba alguna de *concertación*.

Me interesa discernir con claridad lo que afirmo de lo que no afirmo: No afirmo que las imputadas no han llevado a la práctica *acuerdos* de colusión para repartirse el mercado. Lo que afirmo es que no sé si lo hicieron; y en lo que a mí respecta, eso es suficiente para, en conciencia, no compartir la decisión de sancionarlas.

SEGUNDO.- Más allá de lo anterior y en relación con las multas impuestas, considero que la *Resolución* no satisface la obligación, repetidamente recordada por el TS, de fijar la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte de forma ***debidamente motivada***. De la lectura de la *Resolución* es ***totalmente imposible*** conocer el procedimiento que da lugar a la multa impuesta. ***No existe posibilidad alguna*** de que de la lectura de la *Resolución* los sancionados puedan saber cómo resultan las cifras utilizadas.

La *Resolución* dice (Pág. 126) lo siguiente: «[La] gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, etc., permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta. [De acuerdo con todo ello] este Consejo considera que el reproche sancionador en este expediente debe situarse en un tipo sancionador global del 4,0%, sin perjuicio de los ajustes que corresponda hacer individualmente atendiendo a la conducta de cada empresa. Nada hay que objetar al hecho de que la valoración de la mayoría de la Sala le lleve a «considera[r] que el reproche sancionador [...] debe situarse en un tipo sancionador global del 4,0%». El órgano sancionador está facultado para realizar esa valoración subjetiva. Ahora bien, a partir de ese punto la determinación del tipo sancionador efectivamente aplicado en cada uno de los dos casos se vuelve inaprensible. Así:

(1) La *Resolución* dice lo siguiente (Pág.127): « [...] se considera adecuado a la necesaria individualización de las sanciones ajustar el porcentaje de la sanción al alza en proporción a la mayor participación de cada empresa en la facturación global en el mercado afectado por la conducta». Eso lleva a elevar el tipo sancionador desde el «global» 4% hasta el 6% en el caso de PROSEGUR, y hasta el 5´4% en el caso de LOOMIS. Pero inmediatamente la *Resolución* dice (Pág. 128) que aunque el tipo sancionador que le hubiera correspondido a PROSEGUR «de acuerdo con la gravedad de la conducta y con su participación en la infracción» es el citado 6%, en realidad se le aplica el 4´5% porque si no se hiciera eso entonces la sanción resultaría desproporcionada «a la efectiva dimensión de la infracción». Y añade: «Para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que las entidades infractoras podrían haber obtenido de la conducta». Pues bien: ¿**Cuál es** el beneficio ilícito que, según la propia *Resolución*, resulta necesario para realizar «cualquier valoración de la proporcionalidad»? **No se sabe.**

En relación con ello, los miembros de la SALA con cuyos votos ha sido aprobada la *Resolución* afirman poseer un método para realizar la «*estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría [sic] haber obtenido de la conducta*» (Vid. Nota de pie de página N° 165). Pero el caso es que aunque llevo pidiendo conocerlo desde hace mucho tiempo, **y a pesar de ser miembro de la SALA**, aún no he conseguido verlo.

En el caso que ahora nos ocupa el asunto es particularmente intrigante para mí. Esa *Nota* es la misma utilizada en las resoluciones referidas a cárteles por fijación de precios. Pero en el caso que nos ocupa la sanción se impone por «*reparto del mercado*». En consecuencia, si el método para calcular el beneficio ilícito se basa –aunque no sabemos cómo– en las variables mencionadas en la *Nota* N° 165, *¿cómo, por qué procedimiento, con qué modelo analítico, se ha determinado previamente «la subida de los precios derivada de la infracción»? No se sabe*. Yo tampoco lo sé, a pesar de formar parte de la Sala.

En cualquier caso: la *Resolución* dice (Pág. 129) que si aplicara a PROSEGUR el 6% «*que le correspondería según la gravedad de la conducta y su participación en la infracción*» entonces la multa («53.754.240 euros») «*superaría el límite de proporcionalidad estimado, que está en el entorno de 41.200.000 euros. Por tanto, es necesario reducir el tipo sancionador hasta que la multa no supere ese límite*». Pues bien:

(1) **¿Qué es el «límite de proporcionalidad»?** No se sabe. En lo que a mí se refiere no tengo el más mínimo inconveniente en que la mayoría de la SALA introduzca *nuevas categorías analíticas*... siempre que se proporcione su correspondiente *definición*. De otro modo, nadie –ni el administrado, ni sus representantes– puede saber de qué se está hablando con la seguridad exigible en una *Resolución*.

(2) **¿Y cómo es que su valor monetario «se ha estimado en el entorno [sic] de 41.200.000 euros»?** Tampoco se sabe y ningún lector de la *Resolución*, aun habiendo dedicado una vida a la Teoría Económica y el Análisis Económico, podría replicar esa estimación porque, en primer lugar, no se sabe qué es el «*límite de proporcionalidad*» (y hace falta saber lo que se quiere estimar para poder estimarlo). Pero ocurre que el misterioso «*límite de proporcionalidad*» y su –aún más misteriosa– estimación «*en el entorno [sic] de 41.200.000 euros euros*» no son intrascendentes porque –según afirma la *Resolución*– debido a ellos «*es necesario reducir el tipo sancionador hasta que la multa no supere ese límite, [razón por la que] la Sala considera que el tipo sancionador adecuado para determinar el importe de la multa debe ser el 4´4% [...]*».

En relación a la sancionada LOOMIS la *Resolución* es todavía más crítica (Pág. 129): «*En el caso de LOOMIS no ha sido necesario realizar un ajuste de proporcionalidad porque la sanción resultante de aplicar el tipo sancionador que le corresponde, de acuerdo con la*

gravedad de la conducta y con su participación en la infracción, es muy inferior al límite de proporcionalidad estimado»

TERCERO.- No me parece razonable que el administrado no pueda saber, a través de la propia *Resolución*, por qué se le ha impuesto una multa y no otra cualquiera. Que eso ocurra es el resultado de utilizar una doctrina sancionadora que **no** comparto. La discrepancia doctrinal ha sido expuesta en sucesivos votos particulares, comenzando en el *Expte. S/0469/13 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTON ONDULADO*, **al que remito**. En mi opinión, es posible resolver de forma que el administrado conozca, a través de la propia *Resolución*, no sólo por qué ha sido sancionado, sino también por qué lo ha sido con una multa específica y no otra cualquiera.

Huelga decir que no me refiero a detallar en la *Resolución* los cálculos precisos que dan lugar a las multas, pues eso **ni tiene razón de ser ni hace falta en absoluto**. Me refiero a la necesidad de mostrar a los administrados el *iter argumentativo*. Considero que tanto ellos como sus representantes tienen derecho a conocer, no sólo el cuánto, sino también **el porqué** de la **específica** multa que se impone.

CUARTO.- Por las objeciones expuestas no puedo, *en conciencia*, respaldar la presente *Resolución*

Así por este mi Voto Particular Discrepante lo pronuncio y firmo en Madrid en la fecha señalada ut supra.