

RESOLUCIÓN

(Expte. MC/03/16 ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 26 de octubre de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado esta Resolución en el expediente de medidas cautelares MC/03/16, como pieza separada del expediente sancionador SAMAD/03/2016 ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID, incoado por una posible infracción del artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 26 de abril de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de denuncia de EasyPark España, S.L.U. (en adelante, "EasyPark"), contra el Ayuntamiento de Madrid por presuntas prácticas restrictivas de la competencia, al haber incluido el servicio de pago mediante aplicación de tecnología móvil (app) como prestación del contrato de gestión del estacionamiento regulado, con exclusión de otros operadores distintos de los adjudicatarios y, solidariamente, contra las UTEs adjudicatarias de los lotes en los que se ha dividido el contrato.
2. En posterior trámite de asignación de competencias se determinó por la Dirección de Competencia de la CNMC y por la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid (en adelante, "DGEPF") que, sin entrar a

valorar el fondo de si las conductas descritas suponen una infracción o no de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, "LDC"), los órganos competentes para conocer de las actuaciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, son los correspondientes a la Comunidad de Madrid.

3. Con fecha 6 de febrero de 2017 la DGEFP incoó procedimiento sancionador contra el Ayuntamiento de Madrid como presunto responsable de prácticas supuestamente restrictivas de la competencia, constitutivas de abuso de posición dominante, prohibidas por el artículo 2 de la LDC.
4. El 27 de abril de 2017, la DGEFP dictó acuerdo de ampliación de incoación respecto de las UTEs DEVAS I, DEVAS II, Madrid Sur Movilidad III y Madrid Sur Movilidad IV, adjudicatarias respectivas de los lotes 1 a 4 en los que se dividió el Contrato Integral de Movilidad de la ciudad de Madrid, y dentro de los cuales se regula la gestión del estacionamiento regulado.
5. Con fecha 3 de mayo de 2017, la DGEFP dictó Pliego de Concreción de Hechos que fue notificado a las partes, concediéndoles plazo de quince días para formular alegaciones y proponer las pruebas pertinentes, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 50.3 de la LDC y 33.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, "RDC").
6. El 23 de junio de 2017, la DGEFP dictó acto de cierre de la fase de instrucción.
7. Con fecha 24 de julio de 2017, la DGEFP formuló Propuesta de Resolución, que fue trasladada a las partes por plazo de veintidós días para que formularan alegaciones y propusieran las pruebas y actuaciones complementarias ante el Consejo, que considerasen pertinentes.
8. El 4 de agosto de 2017 EasyPark remitió a la DGEFP sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, solicitando la adopción de medidas cautelares consistentes en *"requerir al Ayuntamiento de Madrid a que facilite el acceso a EasyPark a la plataforma integral y a los datos que sean necesarios a partir de Septiembre para que el 1 de noviembre de 2017 pueda iniciar su servicio en el ámbito municipal de Madrid mediante la fórmula que el Ayuntamiento estime conveniente siempre que no suponga una restricción a las determinaciones de la LDC y en condiciones de igualdad en cuanto a su funcionamiento y operatividad y de igualdad informativa a los ciudadanos con respecto a la información de las apps ofrecida en web del ayuntamiento, a través del SER, información en elementos públicos que se consideren ,tales como revistas municipales, parquímetros, etc..) en relación con las aplicaciones de las UTEs"*.
9. Con fecha 20 de septiembre de 2017 la DGEFP elevó propuesta al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la medida cautelar solicitada.

10. A la vista de la citada propuesta, el 5 de octubre de 2017, se acordó dar traslado de la misma a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días para alegaciones.

Con fecha 13 de octubre de 2017, ha presentado escrito de alegaciones el Ayuntamiento de Madrid, que se opone a la adopción de la medida cautelar solicitada y, con fecha 17 de octubre, ya fuera del plazo concedido al efecto, fue remitido escrito de alegaciones de EasyPark, reiterando la necesidad de la medida solicitada.

11. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló la procedencia de la adopción de la medida cautelar solicitada en su sesión de 26 de octubre de 2017.

12. Son partes interesadas en el procedimiento:

- El Ayuntamiento de Madrid.
- EasyPark España, S.L.U. (el denunciante).
- UTE DEVAS I, integrada por: DORNIER, S.A., API MOVILIDAD, S.A., VINCI PARK SERVICIOS APARCAMIENTOS, S.A., SETEX APARKI, S.A. y ELECTRONIC TRAFIC, S.A.
- UTE DEVAS II, integrada por: DORNIER, S.A., API MOVILIDAD, S.A., VINCI PARK SERVICIOS APARCAMIENTOS, S.A., SETEX APARKI, S.A. y ELECTRONIC TRAFIC, S.A.
- UTE MADRID SUR MOVILIDAD III (MSM III), integrada por: ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.U., VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., TEVASEÑAL, S.A. y MONTAJES Y OBRAS, S.A.
- UTE MADRID SUR MOVILIDAD IV (MSM IV), integrada por: ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.U., VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., TEVASEÑAL, S.A. y MONTAJES Y OBRAS, S.A.

HECHOS PROBADOS

El 29 de julio de 2013 el Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid aprobó por Decreto los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas del contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión, llamado “*Contrato integral de movilidad de la ciudad de Madrid*” (en adelante, “CIM”), para su adjudicación por procedimiento abierto.

El objeto de dicho contrato se dividió en cinco lotes:

- Lote 1: Movilidad de vehículos en la zona noroeste de Madrid.
- Lote 2: Movilidad de vehículos en la zona noreste de Madrid.
- Lote 3: Movilidad de vehículos en la zona sudoeste de Madrid.
- Lote 4: Movilidad de vehículos en la zona sudeste de Madrid.
- Lote 5: Movilidad ciclista y peatonal en toda la ciudad (zona única).

De cada uno de los cuatro primeros lotes resultaron adjudicatarias las entidades que a continuación se relatan, dando lugar a la suscripción de los correspondientes contratos, el 31 de octubre de 2013:

- Lote 1: UTE DEVAS I, integrada por: DORNIER, S.A., API MOVILIDAD, S.A., VINCI PARK SERVICIOS APARCAMIENTOS, S.A., SETEX APARKI, S.A. y ELECTRONIC TRAFIC, S.A.
- Lote 2: UTE DEVAS II, integrada por: DORNIER, S.A., API MOVILIDAD, S.A., VINCI PARK SERVICIOS APARCAMIENTOS, S.A., SETEX APARKI, S.A. y ELECTRONIC TRAFIC, S.A.
- Lote 3: UTE MADRID SUR MOVILIDAD III (MSM III), integrada por: ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.U., VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., TEVASEÑAL, S.A. y MONTAJES Y OBRAS, S.A.
- Lote 4: UTE MADRID SUR MOVILIDAD IV (MSM IV), integrada por: ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.U., VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A., TEVASEÑAL, S.A. y MONTAJES Y OBRAS, S.A.

De acuerdo con el artículo 2.1.1. del pliego de prescripciones técnicas del CIM, el servicio de estacionamiento regulado, que *“tiene por objeto la gestión, regulación y control del estacionamiento de vehículos en determinadas zonas y plazas de la vía pública en la ciudad de Madrid”*, cuenta entre sus elementos integrantes con los sistemas de pago y, en particular, con el sistema de pago mediante dispositivos electrónicos móviles.

Asimismo, de acuerdo con la información facilitada por el Ayuntamiento de Madrid en su respuesta al requerimiento de información de 5 de septiembre de 2016, existen tres aplicaciones móviles desde las que se puede pagar el servicio de estacionamiento regulado en la ciudad de Madrid:

- a. Tel Park, propiedad de Makus España, S.L., relacionada con Empark, S.A., matriz de Dornier, S.A., una de las empresas que forman parte de las UTEs adjudicatarias de los lotes 1 y 2 del CIM.
- b. e-Park, que es una aplicación móvil gestionada por Setex Aparki, S.A., otra de las empresas que forman parte de las UTEs adjudicatarias de los lotes 1 y 2 del CIM.

- c. EysaMobile, propiedad de Estacionamientos y Servicios, S.A.U., que es una de las empresas que forman parte de las UTEs adjudicatarias de los lotes 3 y 4 del CIM.

Desde cualquiera de esas aplicaciones móviles se puede realizar el pago en todas las zonas en las que se ha dividido la gestión del estacionamiento regulado en la ciudad de Madrid.

Además, para la gestión del CIM, el pliego de prescripciones técnicas prevé que las entidades adjudicatarias deben sufragar una plataforma integral en la que están instaladas todas las aplicaciones informáticas, incluyendo las que dan soporte a los servicios del estacionamiento regulado y, por ende, la información necesaria para la gestión de los pagos mediante aplicaciones móviles.

En este contexto la denunciante alega que le ha resultado imposible el acceso a la citada plataforma integral y, por tanto, la prestación del servicio de pago mediante su aplicación móvil y solicita que se requiera *“al Ayuntamiento a que facilite el acceso a EasyPark a la plataforma integral y a los datos que sean necesarios”* para que pueda prestar sus servicios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial.

En virtud del Decreto 72/2015, de 7 de julio, del Consejo del Gobierno, por el que se modifica la estructura orgánica de las Consejerías de la Comunidad de Madrid, y del Decreto 193/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, las competencias ejecutivas en Defensa de la Competencia, pasan a ser desempeñadas por la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda (en adelante, “DGEPF”).

En función de lo dispuesto en estas normas, en los artículos 20.2 y 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y en la Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002, las funciones de instrucción en materia de defensa de la competencia son responsabilidad de la citada DGEPF, residiendo las competencias de resolución de los expedientes en la misma materia en este Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Por su parte, el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, establece que *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y con la actividad de la promoción de la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio”*.

En consecuencia, la competencia para dictar la presente Resolución corresponde a la Sala de Competencia de la CNMC.

SEGUNDO.- Normativa aplicable para la adopción de medidas cautelares.

El artículo 54 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dispone que: *“Una vez incoado el expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte.”*

Por su parte, el artículo 40 del RDC, establece al efecto que *“1. (...) el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, entre otras, las siguientes medidas cautelares tendentes a asegurar la eficacia de la resolución:*

- a) Órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere.*
- b) Fianza de cualquier clase declarada bastante por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.”*

El mismo precepto, en su segundo apartado, añade que *“No se podrán dictar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales.”*

Respecto a la adopción y al régimen jurídico de estas medidas cautelares, el artículo 41 del RDC dispone que *“1. (...). Si las medidas cautelares hubieran sido solicitadas por los interesados, la Dirección de Investigación, en el plazo de dos meses a contar desde la presentación de la solicitud o, en su caso, de la adopción del acuerdo de incoación, elevará la propuesta al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, sin perjuicio de lo cual la petición sólo podrá entenderse desestimada por silencio negativo transcurrido el plazo máximo de tres meses, que se computará de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.”*

En cuanto a la vigencia de las medidas cautelares que se adopten, el mismo precepto dispone que *“5. Las medidas cautelares cesarán cuando se adopte la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que ponga fin al procedimiento y en ningún caso su propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación suspenderá la tramitación del procedimiento.”*

Finalmente, el artículo 41 del RDC termina estableciendo que *“6. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en caso de incumplimiento de las medidas cautelares acordadas el Consejo de la Comisión*

Nacional de la Competencia podrá imponer multas coercitivas que se registrarán por lo dispuesto en el artículo 21 del presente Reglamento.”

Por lo que respecta a los presupuestos o condiciones para la adopción de una medida cautelar, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia venía considerando que son los siguientes: (a) que se haya incoado por la Dirección de Investigación el correspondiente expediente sancionador (principio de accesoriadad); (b) que se aprecie *prima facie* en el expediente que las conductas objeto del mismo son anticompetitivas (principio de apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*); (c) que esas conductas estén causando perjuicios al mercado, de tal modo que de no atajarse de forma inmediata, puedan objetivamente restar eficacia a la Resolución a dictar en el expediente principal (principio de peligro en la demora o *periculum in mora*); (d) que exista una propuesta de la Dirección de Investigación bien de oficio bien a instancia de las partes, interesando la adopción de medidas cautelares; (e) que se dé audiencia a los interesados (principio contradictorio); (f) que se adopten en un plazo muy breve y con simplificación de trámites (procedimiento sumario y de urgencia); (g) que las medidas adoptadas no ocasionen perjuicios irreparables, ni violen derechos fundamentales pudiéndose, al efecto, exigir fianza al solicitante de las mismas (principio de equilibrio); y (h) que el plazo para el que se concedan las medidas cautelares no exceda de seis meses (exigencia que no se contiene en la vigente LDC). (Véanse, por ejemplo, los Expedientes MC/006/12 Tanatorios de Coslada o MC/007/12 Criadores de Caballos).

Estos mismos criterios han sido asumidos por la Sala de Competencia de la CNMC (Resolución de 7 de abril de 2014, Expediente MC/009/13, Colegio de Abogados de Alcalá de Henares y de Madrid; Resolución de 30 de abril de 2014, Expediente MC/001/14, Criadores de Caballos 2; Resolución de 7 de abril de 2014, Expediente MC/008/13, Yofarma vs Colegio de Farmacéuticos; Resolución de 18 de mayo de 2017, Expediente MC/004/16, ICAM Colegiación, entre otras).

TERCERO. Propuesta del órgano instructor y alegaciones presentadas.

El objeto de la presente resolución, como pieza separada del expediente sancionador SAMAD/3/2016 ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID, es resolver sobre la base de la propuesta elevada por la DGEPE y a la luz de la normativa y la doctrina expuestas en el Fundamento Jurídico anterior, la procedencia de imponer medidas cautelares en el expediente anteriormente citado.

Tal y como se ha expuesto en el Antecedente de Hecho 8 de esta Resolución, el denunciante solicita que se requiera al Ayuntamiento de Madrid que facilite a EasyPark el acceso a la plataforma integral y a los datos necesarios para que pueda ofrecer sus servicios de pago del estacionamiento regulado, mediante aplicación móvil.

Por su parte, la DGEPP, en su propuesta de 20 de septiembre de 2017, considera que no procede la adopción de la medida cautelar solicitada dado que no concurre el requisito de *periculum in mora* o peligro de demora puesto que la demora en el acceso a la plataforma integral solicitada por EasyPark no supone un riesgo para la eficacia de la resolución que finalmente se dicte en el expediente sancionador; todo ello sin perjuicio de que la DGEPP sí que aprecia la concurrencia del requisito de *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, al haber observado indicios racionales de ilicitud, sobre la base de un juicio semejante al que le ha llevado a ordenar la incoación del expediente.

En su escrito de alegaciones, de 17 de octubre de 2017, presentado fuera de plazo, la denunciante insiste en la procedencia de la medida cautelar dado que considera que el *fumus boni iuris* es incuestionable a estas alturas del procedimiento y que el *periculum in mora* se traduce en la afectación a la libre competencia como bien jurídico protegido por la LDC, que se está produciendo durante la tramitación del expediente principal, dado que se está impidiendo el acceso a los datos necesarios para la prestación del servicio de pago mediante aplicaciones móviles, a todas las empresas competidoras de las adjudicatarias.

Por su parte, el Ayuntamiento de Madrid, en su escrito de 13 de octubre de 2017, solicita que se desestime la petición de tutela cautelar por falta de *periculum in mora*, proporcionalidad e instrumentalidad de la medida cautelar solicitada por EasyPark, de acuerdo con la fundamentación expuesta en la propuesta de la DGEPP. En particular, el Ayuntamiento de Madrid recuerda que la gestión y el mantenimiento de la plataforma integral es responsabilidad de las empresas adjudicatarias, además de ser un medio para la gestión del cobro de la tasa a la que se sujeta la utilización de la vía pública mediante el estacionamiento regulado. Por ello, considera el Ayuntamiento de Madrid, que la medida cautelar solicitada implicaría el acceso a información tributaria relativa a la recaudación de ingresos por autorizaciones de estacionamiento regulado, lo que la convertiría en desproporcionada al poder afectar al derecho a la protección de datos de carácter personal, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

CUARTO. Sobre los presupuestos para la adopción de la medida cautelar.

En el análisis de los requisitos necesarios para que proceda la adopción de medidas cautelares, de acuerdo con la mejor doctrina, deben concurrir los siguientes presupuestos.

En primer lugar, la aparente existencia de unos hechos que *prima facie* pueden ser subsumidos en una de las infracciones tipificadas por la Ley, de ahí que el precepto exija la existencia de un expediente sancionador, que el órgano instructor (en este caso la Dirección General de Economía y Política Financiera de

la Comunidad de Madrid) sólo puede incoar cuando se observan indicios racionales de conductas prohibidas.

En segundo lugar, que exista *periculum in mora* en la no adopción de la medida cautelar propuesta, esto es, en palabras del legislador, que “*las medidas cautelares sean necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte*”.

A estos dos presupuestos sustantivos fundamentales de la institución cautelar, el ya mencionado artículo 40.2 del RDC añade otro no menos importante: “*no se podrán adoptar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales*” (Vid. Resolución CNMC, MC/004/16, ICAM Colegiación).

Iniciando el análisis por el requisito de *periculum in mora*, para la apreciación del mismo deben ser precisadas las razones por las que se teme que la demora en adoptar la resolución final ponga en peligro su eficacia, así como la idoneidad de las medidas propuestas para evitar aquel peligro, asegurando la operatividad de la resolución final.

En este sentido esta Sala considera que no puede deducirse que el retraso en la impartición de justicia vaya a tener un impacto de difícil o imposible reparación en el supuesto que nos ocupa, en cuanto que nada impediría, en su caso, que EasyPark pudiera acceder a la plataforma integral una vez recaída resolución, si esta así lo ordenara, además de conservar la posibilidad de exigir el resarcimiento económico que estime oportuno por la demora.

En el supuesto que nos ocupa, esta Sala entiende que, de las alegaciones y documentación aportadas por la denunciante, no se desprende la necesidad de una medida cautelar que garantice la eficacia de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones. De hecho, en línea con lo afirmado por la DGEPPF, la medida cautelar solicitada solo pretende adelantar los efectos de una hipotética resolución estimatoria de su denuncia y favorable a sus intereses, y no garantizar la eficacia de la resolución que finalmente se adopte. Además, la desventaja que supondría el transcurso del tiempo para las aplicaciones móviles de servicios de pago propiedad de terceras empresas, cuyo posicionamiento en el mercado se habría visto perjudicado en relación con las aplicaciones móviles de las empresas adjudicatarias, debe contextualizarse, toda vez que, como también indica la DGEPPF, el CIM lleva ejecutándose desde 2013. Por lo tanto, la adopción en este momento, de la medida cautelar solicitada no sería apta para eliminar la ventaja competitiva de la que las empresas adjudicatarias podrían haberse beneficiado de manera ilícita.

Por tanto, esta Sala considera que, a la vista de la información disponible, no puede constatarse que la ausencia de adopción de medidas cautelares vaya a tener un impacto de difícil o imposible reparación, dado que la adopción de la

medida cautelar en el momento presente no es necesaria para garantizar la eficacia la resolución que en su día ponga fin al procedimiento principal.

Así pues, al no apreciarse el requisito de *periculum in mora*, no procede valorar la concurrencia de los otros dos requisitos citados más arriba, esto es, de la apariencia de buen derecho y de la aptitud de las medidas cautelares para producir perjuicios irreparables a los interesados, o vulneración de los derechos fundamentales.

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar las medidas cautelares solicitadas por la denunciante.

Notifíquese esta Resolución a la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.