



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/317/16, PROSEGUR 2)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 15 de septiembre de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/317/16, PROSEGUR 2 por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L (PROSEGUR) contra la denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional contenida en la Propuesta de Resolución (PR) del expediente sancionador S/DC/0555/15, PROSEGUR/LOOMIS, de 13 de junio de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En el marco del expediente sancionador S/DC/0555/15, PROSEGUR/LOOMIS, incoado por la Dirección de Competencia (DC) el 20 de abril de 2015 por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), así como por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el 14 de marzo de 2016 se notificó a PROSEGUR Pliego de Concreción de Hechos (PCH) elaborado por la DC. En dicho PCH se concluía que PROSEGUR y LOOMIS

SPAIN, S.A., habían llegado a acuerdos y prácticas concertadas para el reparto del mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España, a través de distintas vías.

2. Con fecha de 11 de abril de 2016, tuvo entrada en la CNMC el escrito de alegaciones de PROSEGUR al PCH, en cuyo anexo solicitaba el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente sancionador S/DC/0555/15, PROSEGUR/LOOMIS, de conformidad con lo previsto en los artículos 52 de la LDC y 39 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC). Asimismo, junto con la solicitud realizada aportó la correspondiente propuesta de compromisos.
3. Con fecha de 14 de junio de 2016, le fue notificada a PROSEGUR la PR de 13 de junio de 2016 del citado expediente sancionador, denegándose en la misma el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional solicitada, por considerar que difícilmente existían compromisos adecuados que resolviesen los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y que permitiesen salvaguardar el interés público de la libre competencia.
4. El 24 de junio de 2016 la representación de PROSEGUR, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, interpuso recurso administrativo frente a la denegación de la solicitud de terminación convencional referida en el punto anterior. Asimismo, en dicho recurso solicitó que, hasta que el mismo se resolviese, y, en atención a lo previsto por los artículos 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y 37.1.d) de la LDC, se procediera de inmediato a la suspensión del procedimiento sancionador principal y del cómputo del plazo máximo para resolver éste, con el fin de salvaguardar la eficacia de la resolución que pudiera dictarse en relación con su recurso.
5. Con fecha 27 de junio de 2016, conforme a lo indicado en el artículo 24 del RDC, el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por PROSEGUR.
6. Con fecha 30 de junio de 2016, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 4. En dicho informe, la DC argumentaba las diferentes razones por las que consideraba que procedía inadmitir a trámite el recurso o en su defecto, desestimarlos, no reuniéndose los requisitos de indefensión y/o perjuicio irreparable exigidos por el artículo 47 de la LDC.
7. Con fecha 14 de julio de 2016, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de PROSEGUR, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones. Asimismo, acordó denegar la solicitud de suspensión del procedimiento sancionador principal y

del cómputo del plazo máximo para resolver el mismo, al entender que no se daban las circunstancias que justificasen tal medida.

8. El día 21 de julio de 2016 la representación de PROSEGUR tuvo acceso al expediente.
9. Con fecha 5 de agosto de 2016 tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de PROSEGUR de la misma fecha.
10. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 15 de septiembre de 2016.
11. Es interesado en este expediente de recurso PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L. (PROSEGUR).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente.

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra la denegación de la solicitud de Terminación Convencional por parte de la DC en la PR del expediente sancionador S/DC/0555/15, PROSEGUR/LOOMIS, de 13 de junio de 2016, notificada a PROSEGUR al día siguiente y que dicha empresa había solicitado en su escrito de alegaciones al PCH.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI disponiendo que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*. Es por ello que esta Sala de Competencia de la CNMC deberá analizar en la presente resolución si la denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del Expediente S/DC/0555/15, PROSEGUR/LOOMIS, contenida en la PR, causa o no indefensión o perjuicio irreparable a PROSEGUR.

PROSEGUR solicita a la Sala de Competencia que se tenga por presentado su recurso y que, en consecuencia, se inicien las actuaciones tendentes a la terminación convencional del Expediente S/DC/0555/15, PROSEGUR/LOOMIS. Asimismo, también solicitaba la suspensión del procedimiento sancionador principal y del cómputo del plazo máximo para resolver el mismo hasta que no se resolviera su recurso, lo cual fue denegado por esta Sala (AH 4 y 7).

PROSEGUR argumentó en sus alegaciones al PCH que, atendiendo a la estructura y funcionamiento del mercado de transporte y manipulación de fondos en España, no se había acreditado comisión de conducta ilícita alguna por su parte y solicitó formalmente el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional con el objeto de mejorar en lo posible el funcionamiento de dicho mercado. Entiende la recurrente que la denegación de esta solicitud constituye un acto definitivo susceptible de recurso, pues una vez producida la citada denegación, la terminación convencional ya no puede llevarse a cabo. Asimismo considera que dicha denegación debió haber sido objeto, preferiblemente, de un acuerdo independiente a la PR.

Los motivos alegados por PROSEGUR para considerar que la denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional es recurrible son, básicamente, la existencia de indefensión, por un lado, y la producción de un perjuicio irreparable en cuanto a su interés legítimo de que se iniciase un procedimiento de terminación convencional, por otro.

Por lo que se refiere al primer motivo, considera PROSEGUR que la negativa de la DC a iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento carece de la motivación suficiente requerida por el artículo 54 de la LRJPAC para poder ser considerada ajustada a Derecho -causándole con ello una violación del derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución Española (CE) y una clara indefensión-, lo que se substancia en la escasa argumentación esgrimida por la DC, en base a que la conducta analizada habría producido ya efectos en una parte significativa del mercado. En este sentido, señala que la DC únicamente dedica cuatro párrafos de la PR a señalar con vaguedad los motivos por los que desestima la solicitud y no especifica cuáles serían los supuestos efectos irreversibles que las conductas analizadas habrían desplegado en el mercado y que no podrían repararse por la propuesta de compromisos de PROSEGUR.

Por otra parte, PROSEGUR defiende que ni la legislación aplicable ni los precedentes existentes en otros procedimientos sancionadores que han finalizado mediante terminación convencional, establecen que este tipo de procedimiento solo pueda ser aplicable en ausencia de efectos de las conductas analizadas en el marco de los procedimientos sancionadores y, por ello, considera que debió analizarse por la DC si los compromisos propuestos solucionaban los problemas de competencia identificados en el PCH.

Por lo que atañe al segundo motivo, entiende el recurrente que la citada negativa de la DC a iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento le produce un perjuicio irreparable manifiesto en su interés legítimo de que se iniciase un procedimiento de terminación convencional, al cerrar totalmente la posibilidad a una mínima valoración de los compromisos que propuso. A juicio de PROSEGUR, éstos eran aptos para resolver cualquier duda que pudiera plantearse desde la perspectiva del Derecho de la Competencia en el desarrollo de la actividad, fuera de que quedó a disposición de la DC para modificar los mismos si fuera necesario. No obstante, considera que la DC no plasmó en la PR valoración alguna, no llevándose a cabo un

análisis mínimamente sosegado entre la DC y PROSEGUR, causándole así un perjuicio irreparable.

Finalmente, PROSEGUR expone en su escrito de recurso las circunstancias que considera que concurren en el expediente sancionador y que lo hacen especialmente apto para su terminación convencional. Así, por ejemplo, se refiere a las características del mercado (señalando que se configura como una actividad de características diferenciadas y un grado de concentración elevado, con esencialmente dos operadores, PROSEGUR y LOOMIS, que concentran aproximadamente el 90% del mercado), a la forma de prestación del servicio y servicios solicitados por el cliente (donde los clientes o requieren los servicios de un único operador en todo el territorio nacional aunque ningún operador esté presente en todas las áreas geográficas, obligando a los proveedores de servicios a subcontratar los servicios de otros operadores, o requieren los servicios de dos operadores para garantizar la prestación del servicio) o a la solución de los problemas de competencia detectados de manera clara e inequívoca, rápida y efectiva, asegurando la preservación del interés público, gracias a los compromisos presentados.

Por su parte la DC, en su informe de 30 de junio de 2016, considera que procede inadmitir a trámite o, en su defecto, desestimar el recurso por las razones que va desgranando en su informe y que se irán resumiendo a continuación. Asimismo, y en cuanto a la solicitud de suspensión del procedimiento y del cómputo del plazo máximo para resolver el mismo, consideró que la misma no podía contemplarse, sin que se pudiera aplicar la LRJPAC supletoriamente. En este sentido, consideraba que el artículo 37.1.d) de la LDC no recogía suspensión alguna del procedimiento, que sería desproporcionada, pues una vez finalizada la fase de instrucción es el propio Consejo de la CNMC quien valoraría las alegaciones que PROSEGUR presentase en relación a las conductas o a la denegación del inicio de la terminación convencional. Tampoco entendía la DC que pudiera suspenderse el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente sancionador, por un lado, porque el Consejo iba a conocer el expediente en un plazo muy breve, y por tanto no se limitaría el acceso del órgano de resolución a la totalidad de los documentos que conforman el mismo, y por otro lado, porque no existiría ningún elemento objetivo que sugiriese que la resolución que dictase el Consejo pudiera perder eficacia, teniendo en cuenta que le compete la resolución tanto del expediente sancionador como del recurso.

Los motivos expuestos por la DC frente a las alegaciones de PROSEGUR son básicamente: (i) la inexistencia de indefensión o perjuicio irreparable; (ii) la inexistencia de falta de motivación en la denegación de la terminación convencional, y (iii) la inadecuación de los compromisos propuestos por PROSEGUR para la finalización convencional del expediente.

Con respecto a la inexistencia de indefensión o perjuicio irreparable, la DC señala que la terminación convencional no puede, per se, ser considerada como un acto administrativo susceptible de recurso, ya que ello sería aceptar que el mecanismo de terminación convencional es un acto reglado que presupone la necesaria aceptación de

la solicitud de la parte. En este sentido, rechaza el argumento del recurrente según el cual existe indefensión por el hecho de que la DC se haya negado a negociar con la parte una terminación convencional. Además, considera la DC que la terminación convencional no puede justificarse sólo en los intereses legítimos particulares de los interesados en el expediente, sino que hay que buscar preservar el interés general y la restauración de la competencia en los mercados analizados, cosa que considera que no concurría en el caso presente. Asimismo, entiende también la DC, que la denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional no pone fin de manera definitiva a la posibilidad de que la misma se produzca, generando por ello un perjuicio irreparable para PROSEGUR, como ésta alega, puesto que el Consejo de la CNMC en la fase de resolución del expediente, podría, si estuviera disconforme con la DC, retrotraer actuaciones e instar a la misma a iniciar dicha forma de terminación del procedimiento.

Por lo que se refiere a la inexistencia de falta de motivación en la denegación de la terminación convencional, la DC asegura que su acuerdo está suficientemente motivado, no siendo susceptible de generar indefensión a PROSEGUR, máxime cuando ésta podrá volver a plantear sus argumentos en las alegaciones a la PR que se valorarán en fase de resolución. La DC entiende que difícilmente puede aceptarse dicha falta de motivación, introducida en la PR en un apartado independiente y posterior a la valoración jurídica de las conductas objeto de expediente, así como de los efectos que las mismas habían provocado, cuando está señalando que LOOMIS y PROSEGUR se concertaron en el mercado de transporte y manipulación de fondos en España, utilizando diversos instrumentos y con la vocación de repartirse el citado mercado y limitar la entrada de terceros operadores en el mismo desde, como mínimo, el año 2008, explicando precisamente en la PR los motivos por los que se alcanza tal conclusión.

En relación a los efectos irreversibles que las conductas de LOOMIS y PROSEGUR han supuesto en este mercado y que según la recurrente no han sido identificados por la DC, ésta considera que sí existe un apartado específico (párrafos 751 a 795 de la PR) en el que explicó pormenorizadamente que la concertación entre ambas entidades supuso, esencialmente, la expulsión de terceros operadores competidores del mercado afectado por las conductas, la eliminación de los incentivos a competir entre LOOMIS y PROSEGUR por nuevos clientes, así como un importante sobrecoste en la contratación de servicios de transporte y manipulación de fondos para los clientes desde, al menos, el año 2008. Además, señala que en los párrafos 793 a 795 de la PR dicha valoración ha sido completada por una aproximación económica con base en los datos obrantes en el expediente.

Por último, en relación a la inadecuación de los compromisos propuestos por PROSEGUR para la finalización convencional del expediente, la DC mantiene la valoración que realizó en su PR. En ella se señalaba que los compromisos propuestos pretendían establecer mecanismos de subcontratación reglada entre las partes, de tal manera que los clientes tuvieran claro, en última instancia independientemente de lo negociado con LOOMIS o PROSEGUR, quién de las dos entidades iba a prestar el

servicio de manera efectiva. Sin embargo esta utilización de la subcontratación implica para la DC, tal y como indicó en la PR, la eliminación de cualquier incentivo a competir por clientes preexistentes entre LOOMIS y PROSEGUR y, por tanto, su aceptación como elemento clave en la terminación convencional del expediente supondría la negación de la valoración jurídica realizada en relación a las conductas analizadas en el expediente sancionador, por lo que los compromisos propuestos por PROSEGUR deben evaluarse negativamente, tal y como se hizo en la propia denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional.

Una vez que el presente recurso fue admitido a trámite por esta Sala de Competencia y que fue denegada la solicitud de suspensión del procedimiento sancionador principal y del cómputo del plazo máximo para resolver el mismo, PROSEGUR tuvo acceso al expediente y presentó escrito de alegaciones al informe de la DC el 5 de agosto de 2016.

En dicho escrito insiste en la existencia de un perjuicio irreparable en su interés legítimo de que se valore la posible iniciación de procedimiento de terminación convencional, y ello debido a que la DC no valoró mínimamente los compromisos propuestos.

Asimismo, vuelve a señalar que la DC debería haber dictado un acto independiente para comunicar la denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, en vez de responder a dicha solicitud de forma colectiva en la PR por medio de referencias cruzadas que pretenden suplir su ausencia de motivación. En este sentido entiende que la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC debería tener en cuenta, para decidir si revoca o mantiene la denegación de la terminación convencional, tanto las alegaciones desarrolladas por PROSEGUR respecto del PCH como las realizadas en relación a la PR, puesto que ofrecen una explicación alternativa y razonable a todas y cada una de las afirmaciones de la DC en cuanto a la existencia de conductas anticompetitivas que supuestamente habrían llevado a cabo LOOMIS y PROSEGUR, así como a los supuestos efectos que estas habrían provocado para el mercado de transporte y manipulación de fondos en España.

Por último, PROSEGUR, tras señalar que la DC, en su justificación, se refiere únicamente a la subcontratación y no al resto de circunstancias, insiste, por diferentes motivos, que la terminación convencional es la forma más efectiva para terminar el expediente, garantizando la tutela del interés público.

SEGUNDO.- Sobre el rechazo de la solicitud de inicio de terminación convencional.

Conforme al artículo 52 de la LDC *"el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas*

prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público."

Como ha expresado el Consejo de la extinta CNC en anteriores recursos (por ejemplo, en las Resoluciones de 8 de mayo de 2013, Expte. R/0137/13, SPECIAL PRICES, AUTO REISEN, de 21 de febrero de 2013, Expte. R/0124/12 AVIS, o de 5 de marzo de 2012, Expte R/0094/11 TRANSCALIT), así como este Consejo en sus resoluciones de 20 de febrero de 2014 (Expte R/0160/13 UDER), 11 de septiembre de 2014 (Expte R/0276/14 FABRICANTES DE AUTOMÓVIL 2) y 11 de febrero de 2015 (Expte. R/AJ/0391/14, TELEFONICA), de la dicción literal del precepto transcrito se puede deducir sin dificultad que es necesario un equilibrio entre los requisitos que se exigen para que un procedimiento sancionador pueda concluir convencionalmente, de suerte que aunque los compromisos puedan resolver los problemas de competencia planteados, si se considera que el interés público no queda suficientemente garantizado, no procederá la Terminación Convencional. Ello debe ser así no sólo al tiempo de valorar los compromisos ofrecidos por el interesado, sino también, y con carácter previo, al tiempo de valorar la solicitud, de suerte que si el órgano competente no aprecia que ambas condiciones se cumplen, no procede siquiera su iniciación.

Al hilo de la consideración precedente, resulta adecuado reiterar que la normativa de defensa de la competencia únicamente reconoce un derecho a solicitar la Terminación Convencional, no a que se termine convencionalmente un procedimiento, por lo que no se puede apreciar una correlativa obligación de la DC a iniciar una terminación convencional por el mero hecho de haberse solicitado.

En este sentido, la decisión que se adopte sobre si procede o no iniciar la Terminación Convencional tiene carácter potestativo para la DC, de manera que si cumple con las exigencias de la motivación, ex artículo 54 de la LRJPAC, y no se revela arbitraria, debe entenderse ajustada a derecho.

En definitiva, debe ser la DC quien, a la vista de las circunstancias del caso concreto, valore la pertinencia de iniciar la terminación convencional como fórmula de solución de situaciones de restricción de la competencia alternativa a la sanción.

Este entendimiento sobre la terminación convencional ha sido confirmado por la Audiencia Nacional en distintos pronunciamientos en el marco de la impugnación sucesiva a la decisión de no iniciar la terminación convencional. Cabe citar la Sentencia de 30 de enero de 2013 (recurso 57/2012):

"Ahora bien, no existe como pretenden las recurrentes, un derecho subjetivo de las empresas al acuerdo convencional, de manera que cualquier iniciativa puede ser rechazada por la Administración, que con arreglo al artículo 52 LDC y al artículo 39 del RDC, tiene una facultad y no una obligación, una vez que se propone por parte de los administrados, previa valoración de todas las

circunstancias concurrentes y sin perder de vista que la prioridad es preservar la competencia de los mercados.

Los recurrentes tienen derecho a formular la solicitud y a que dicha solicitud tenga respuesta por parte de la Administración, tal y como en este caso aconteció, pero no tienen derecho a obligar a la Administración a incoar el expediente de Terminación Convencional, facultad legalmente reservada a la Administración habida cuenta que el objetivo de este expediente es satisfacer el interés general, que no el interés particular de los que presuntamente han realizado las prácticas prohibidas.

La apelación al interés público como límite último del acuerdo o Terminación Convencional, además de reiterar la exigencia del artículo 88 de la Ley 30/1992 y por el artículo 103 de la Constitución, da un amplísimo margen a la CNC para aceptar o no la propuesta.

Por ello la Sala no puede aceptar el argumento de las demandantes cuya tesis obligaría a la Administración a negociar, incluso aun cuando la Administración aprecie, siempre motivadamente, que no concurren las condiciones que resuelvan la situación anticompetitiva. De seguirse la tesis actora se obligaría a la Administración a iniciar un expediente cuando no se tiene voluntad de llegar a un acuerdo, no porque adopte una postura arbitraria, sino porque motivadamente considera innecesario iniciar un expediente de Terminación Convencional, pues con los datos de los que dispone lo considera inadecuado para establecer garantías sobre el comportamiento futuro y resolver los efectos perniciosos de las conductas anticompetitivas”.

Posteriormente, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de septiembre de 2015 declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra esta sentencia de la AN de fecha 30 de enero de 2013. Se reproduce aquí, por su claridad en relación a lo aquí expuesto, parte del Fundamento de Derecho Quinto:

“La <<terminación convencional>> tiene su propia regulación legal en el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 39 del Reglamento, cuyo apartado primero dispone con total claridad que corresponde a la Dirección de Investigación la decisión de iniciar las actuaciones para la terminación convencional, que evidentemente implica un beneficio para los implicados en las conductas objeto de investigación al evitar la totalidad de las consecuencias del expediente sancionador, como es la declaración sobre la conducta analizada y la imposición de una sanción. Dispone el mencionado precepto:

<<[...] la Dirección de Investigación podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la

terminación convencional de un procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas.>>

La voluntad del legislador con este tipo de solución convencional es flexibilizar el procedimiento y lograr una mayor eficacia en la actuación de la Comisión Nacional de la Competencia a través de la asunción de compromisos por parte de las implicadas para reestablecer con prontitud las condiciones de la competencia. La decisión de seguir estas actuaciones tendentes a la solución consensuada resulta relevante en cuanto a los efectos y consecuencias que conlleva, y compete pues, en exclusiva a la Dirección de Investigación, que para decidir la opción deberá ponderar de forma motivada y razonada las circunstancias concurrentes para seguir tal vía o, como la que analizamos, para descartar acudir a esta finalización atípica del procedimiento sancionador. La mera solicitud de terminación convencional formulada por la parte afectada por el expediente y el ofrecimiento de concretos compromisos no es suficiente ni tiene un carácter vinculante para la Dirección de Investigación a la que incumbe ponderar si procede concluir el expediente sancionador de forma normal o a través de una fórmula atípica que, insistimos, su conveniencia deberá justificarse con la correspondiente valoración objetiva y razonable de los concretos intereses en juego, así como el alcance y eficacia de los compromisos propuestos para resolver los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente.

La parte recurrente insiste en que en la Ley y el Reglamento citados se configura un derecho subjetivo que da acceso a un procedimiento regulado, obviando que precisamente la regulación legal y reglamentaria de la terminación convencional atribuye en todo caso la decisión discrecional de acudir a este tipo de solución al órgano de investigación. El ámbito subjetivo de este procedimiento se limita a dar intervención a los presuntos autores de conductas prohibidas a través de la formulación de una propuesta de compromisos, pero la presentación de la propuesta no comprende el efecto asociado que las partes recurrentes deducen, pues únicamente obliga al órgano competente a su evaluación y a resolver sobre su viabilidad de forma razonada y motivada.

De aceptar la tesis de las partes recurrentes, la mera formulación de la propuesta de compromisos comportaría siempre la finalización convencional del expediente sancionador, cuando en este tipo de expedientes concurren un conjunto de intereses tanto públicos como privados que han de valorarse en cada caso concreto, sin que pueda despojarse al órgano competente de sus facultades para la consecución de los fines que le competen. La terminación convencional del expediente sancionador ha de responder a una concreta y precisa finalidad que realmente la justifique tras la consideración de las circunstancias concurrentes, los intereses públicos implicados y la asunción de compromisos por parte de los presuntos infractores que sirvan para resolver los efectos sobre la competencia. Estos factores objetivos determinan la pertinencia de finalizar de forma flexible el expediente sancionador, sin que pueda

desnaturalizarse transformándose en una alternativa al alcance del presunto autor de la conducta prohibida. No cabe, en fin, transmutar la finalización del expediente sancionador en el que concurren relevantes intereses públicos, ni cabe aceptar que sea la conducta del presunto infractor la que determine en exclusiva la modalidad de finalización del expediente, con independencia de dichos intereses públicos concernidos”.

Efectuada esta precisión, y pasando a examinar el caso concreto, la DC consideró, haciendo uso del margen de apreciación, que no arbitrariedad, de que disponía, que no procedía, a la vista de lo actuado en el expediente y de la información obrante en el mismo, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional y esta Sala de Competencia deberá evaluar si la decisión tomada por el órgano instructor es ajustada a derecho o no.

Una vez examinado el recurso presentado por PROSEGUR, el informe de la DC al mismo, así como las alegaciones presentadas a este último por parte del recurrente junto con el resto de documentación anexa a los mismos, esta Sala considera necesario llevar a cabo la siguiente puntualización.

Como hemos dicho anteriormente, el objeto de la presente resolución es analizar si la denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del Expediente S/DC/0555/15, PROSEGUR/LOOMIS, contenida en la PR, causa o no indefensión o perjuicio irreparable a PROSEGUR, sin que otro tipo de análisis pueda realizarse más allá del cauce instrumentado por el recurso del artículo 47 de la LDC. Pretender, como parece entenderse de las alegaciones de PROSEGUR, que esta Sala analice el fondo del asunto en cuanto a la presunta existencia de conductas anticompetitivas llevadas a cabo por LOOMIS y PROSEGUR, así como de los supuestos efectos que éstas habrían provocado en el mercado de transporte y manipulación de fondos en España y si los compromisos propuestos son adecuados o no para reparar los mismos, no es más que confundir el objeto de la presente resolución. Y es que, con respecto a todos los argumentos señalados por PROSEGUR en relación a las conductas objeto del Expediente S/DC/0555/15, esta Sala ha de recordar que dichas cuestiones deben ser dilucidadas en el procedimiento sancionador, en el seno del cual será donde deban llevarse a cabo las actuaciones correspondientes en orden a clarificar los hechos y determinar en su caso responsabilidades e infracciones. En el seno de dicho procedimiento sancionador será donde esta Sala, una vez que haya tenido acceso a la documentación completa del expediente (entre la que se encontrará, obviamente, las alegaciones de PROSEGUR al PCH y a la PR a las que se refiere el aquí recurrente) valore si efectivamente se produjeron dichas conductas anticompetitivas o si, por el contrario, procede archivar las actuaciones realizadas, o bien si, como solicita el recurrente, procede retrotraer las actuaciones e instar a la DC a iniciar la terminación convencional del procedimiento. En definitiva, la presente resolución no prejuzga la resolución del fondo del expediente sancionador S/DC/0555/15 y esta Sala debe limitarse, única y exclusivamente, a dilucidar si la

denegación del inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional fue o no conforme a derecho.

Atendiendo a los precedentes de la Autoridad de Competencia antes citados, así como a los múltiples pronunciamientos judiciales que los confirman, bastará con que esta Sala analice si el órgano instructor, dentro de su margen de discrecionalidad, ha motivado debidamente su decisión ex artículo 54 de la LRJPAC.

En el apartado VIII de la PR, la DC se ocupa de las solicitudes de terminación convencional presentadas por PROSEGUR y LOOMIS, dividiendo dicho apartado en dos puntos, el VIII.1, relativo al contenido de las solicitudes formuladas por las partes, y el VIII.2, donde se ocupa de la denegación del inicio de dichas actuaciones. En el primer punto va desgranando el contenido de la propuesta formal de compromisos presentada por PROSEGUR (la solicitud de LOOMIS, en cambio, no iba acompañada de propuesta alguna), mientras que ya en el segundo punto (párrafos 811 a 829), tras hacer un repaso teórico tanto de los preceptos que regulan la figura de la terminación convencional como de la Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores dictada por la extinta CNC, así como de determinados pronunciamientos de la Autoridad de Competencia y de los órganos judiciales, se centra en los motivos por los cuales considera que procede desestimar las solicitudes propuestas.

Se reproducen aquí los párrafos 824 a 829 con dicha motivación esgrimida por la DC:

“(824) Pues bien, a la luz de las conductas analizadas en el expediente y tras haber analizado las alegaciones presentadas por las partes en relación con el PCH esta Dirección de Competencia considera que procede desestimar las solicitudes de terminación convencional propuestas por las partes.

(825) En primer lugar, conforme a lo recogido en la presente propuesta de resolución, ha quedado demostrado que las conductas anticompetitivas concertadas entre PROSEGUR y LOOMIS han afectado a una parte significativa del mercado, puesto que han permitido el reparto de los servicios de un considerable número de clientes estratégicos para las partes, cuyo volumen de facturación representan un importante porcentaje del cómputo total del mercado español de servicios de transporte y manipulación de fondos.

(826) Además, según se ha señalado en el PCH con base en las evidencias obrantes en el expediente de referencia, las conductas investigadas han desplegado sus efectos durante un dilatado periodo de tiempo (como mínimo, desde el año 2008 hasta el 10 de febrero de 2015), con unos efectos sobre la competencia efectiva irreversibles, lo que haría prácticamente inviable que pudiesen alcanzarse unos compromisos adecuados en el marco de una hipotética terminación convencional del expediente de referencia.

(827) En este sentido, la propuesta de compromisos formulada por PROSEGUR

no ofrece ninguna solución que permita reparar los efectos negativos que las conductas anticompetitivas investigadas han desplegado sobre el mercado analizado.

(828) Es más, la aceptación de las pautas según las cuales PROSEGUR estima que debería regirse la subcontratación de servicios y las solicitudes de colaboración entre competidores, formuladas por clientes con objeto de establecer un reparto de sus servicios, supondría, a juicio de esta Dirección de Competencia, la formalización e institucionalización de unas prácticas que, a la luz de todo lo expuesto en el presente documento, resultan claramente anticompetitivas y generaría una distorsión de la libre competencia en el mercado español de servicios de transporte y manipulación de fondos, lo que sería contrario al interés público.

(829) Por tanto, a la vista de todo lo anterior, y en el marco del margen de apreciación que los artículos 52 LDC y 39 RDC conceden a la Dirección de Competencia, se acuerda no iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional, por considerar que difícilmente habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y que permitiesen salvaguardar el interés público de la libre competencia”.

De la lectura de dichos párrafos, esta Sala no puede más que estar conforme con la opinión de la DC señalada en su informe de 30 de junio de 2016, y afirmar que difícilmente puede aceptarse la ausencia de motivación alegada por PROSEGUR. La DC, como órgano instructor y en base a las evidencias que, a su parecer, existían en el expediente, determinó que no habría compromisos adecuados que pudieran resolver los posibles efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto de investigación y que pudieran salvaguardar el interés público de la libre competencia.

Dicha opinión se sustenta con la valoración jurídica que de las conductas investigadas en el expediente realiza en su PR, así como de los efectos provocados por las mismas (a los que también dedica un apartado independiente, el VII. Efectos en el mercado, párrafos 751 a 795), por lo que, aunque PROSEGUR no comparte dichas razones, es evidente que no se pueden tachar de carentes de motivación o arbitrarias.

TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Como hemos visto, el artículo 47 LDC prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción, estableciendo que "*Las resoluciones y actos dictados de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días.*"

I. Ausencia de Indefensión

Respecto a la posible existencia de indefensión, como acabamos de ver, la recurrente alega que la denegación de su solicitud de iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento le provoca una clara indefensión al carecer de la motivación suficiente requerida por el artículo 54 de la LRJPAC.

En este sentido, señala que la DC únicamente dedica cuatro párrafos de la PR a señalar con vaguedad los motivos por los que desestima la solicitud y no especifica cuáles serían los supuestos efectos irreversibles que las conductas analizadas habrían desplegado en el mercado y que no podrían repararse por la propuesta de compromisos de PROSEGUR

Sobre este particular, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que se exige para evitar la indefensión y cumplir la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones, es que se analicen, aunque no sea exhaustiva y pormenorizadamente, las cuestiones planteadas y que se especifiquen las razones o circunstancias tenidas en cuenta para resolver, a fin de posibilitar que los afectados puedan conocer esas razones y motivos y con ello puedan articular adecuadamente sus medios de defensa.

En el mismo sentido, y ya concretamente en relación a la motivación de la decisión discrecional de iniciar o no una terminación convencional, la Audiencia Nacional en su Sentencia de 5 de julio de 2012 por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo 398/2011 interpuesto por AISGE contra la Resolución de la CNC de 30 de junio de 2011 en el Expte. R/0071/11, AISGE 2 (sentencia respecto de la que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de octubre de 2015 declaró no haber lugar al recurso de casación), señalaba lo siguiente:

“La discrecionalidad administrativa, en el supuesto de estos procedimientos de Defensa de la Competencia, se sitúa por tanto en el propio inicio del procedimiento, y no como alega la recurrente, en la valoración y resolución de los compromisos propuestos.

En todo caso, la potestad discrecional de la Administración ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto administrativo. Y con arreglo a la doctrina reiterada tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo lo que se exige para evitar la indefensión y cumplir la exigencia de la motivación de las resoluciones, es que se analicen, aunque no sea exhaustiva y pormenorizadamente, las cuestiones planteadas y que se especifiquen las razones o circunstancias tenidas en cuenta para resolver, a fin de posibilitar que los afectados puedan conocer esas razones y motivos y con ello puedan articular adecuadamente sus medios de defensa.

Tanto el Legislador como la Jurisprudencia han sido conscientes de la necesidad de profundizar en una línea progresiva de racionalización y objetivación de la

actividad administrativa, exigida por el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución). La motivación viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, pero en el terreno formal constituye una garantía para el administrado, que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo, con posibilidad de criticar las bases en que se fundamentó, facilitando, además y en último término el control jurisdiccional de la Administración con arreglo al artículo 106.1 de la Constitución.

En el presente caso nos encontramos ante motivación suficiente, pues se detallan las razones por las que la DI no considera debe iniciarse el procedimiento, tal y como las recoge la actora en su demanda y han sido reproducidas más arriba. Cuestión distinta es que la actora no comparta dichas razones, pero en cualquier caso la decisión está fundada. No existe en consecuencia indefensión, puesto que ha podido conocer las razones de la negativa y ha podido impugnarlas y debatirlas.

En definitiva, se ha satisfecho la exigencia legal de motivación con la que deben cumplir los actos discrecionales”

Así, y sin necesidad de repetirnos con lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, queda de manifiesto que en la denegación recurrida por PROSEGUR, se detallaron las razones por las que la DC entendía que en el seno del mismo no procedía la iniciación del procedimiento de terminación convencional, por lo que, aunque dicho análisis pueda, a juicio de la recurrente, no ser exhaustivo y pormenorizado, el acuerdo de la DC estaría suficientemente motivado y no sería susceptible de causar indefensión en PROSEGUR.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la extinta CNC (entre otras Resoluciones de 3 de febrero de 2009, Expte R/008/08 Transitarios 1, y de 22 de julio de 2010, Expte. R/0048/10 Licitaciones de Carreteras), y la Sala de Competencia de la CNMC (Resolución de 20 de febrero de 2014, Expte R/0160/13 UDER): *"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 de la Constitución Española 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"*. Es decir, 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. Estima, por tanto, la Jurisprudencia Constitucional que *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa"* (STC 71/1984, 64/1986).

Por otra parte, tal y como ha expresado la autoridad de competencia en anteriores ocasiones (entre otras Resolución del Consejo de la CNC de 10 de diciembre de 2009, Expte R/0029/09 ECOVIDRIO) *“la negativa a la terminación convencional debe considerarse un trámite dentro del procedimiento de infracción, que continuará su tramitación con el habitual respeto a todas las garantías procesales y en consecuencia, no puede considerarse como un acto administrativo generador de indefensión”*.

En atención a lo expuesto, no resulta posible apreciar que la denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional contenida en la Propuesta de Resolución (PR) del expediente sancionador S/DC/0555/15, PROSEGUR/LOOMIS, de 13 de junio de 2016, ocasione indefensión a la recurrente, pues dicha negativa no es sino un trámite dentro de este procedimiento sancionador principal, que continuará su tramitación con el habitual respeto a todas las garantías procesales y, en consecuencia, no puede considerarse como un acto administrativo generador de indefensión.

II. Ausencia de perjuicio irreparable

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, PROSEGUR considera que la negativa de la DC a iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento le produce dicho perjuicio irreparable al cerrársele totalmente la posibilidad a una mínima valoración de los compromisos que propuso.

El Tribunal Constitucional viene entendiendo por perjuicio irreparable *“aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009). Como hemos visto a lo largo de la presente resolución y, en coincidencia con lo argumentado por la DC, la denegación por parte de la DC del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional no pone fin de manera definitiva a la posibilidad de que la misma se produzca, pues esta Sala en fase de resolución del expediente, podría, si estuviera disconforme con la DC, retrotraer actuaciones e instar a la misma a iniciar dicha forma de terminación del procedimiento, por lo que no cabe tampoco apreciar la existencia del requisito de perjuicio irreparable que exige el artículo 47 de la LDC.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo, en Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L (PROSEGUR) contra la denegación del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional contenida en la Propuesta de Resolución (PR) del expediente sancionador S/DC/0555/15, PROSEGUR/LOOMIS, de 13 de junio de 2016.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.