

Resolución RA 5/2024 – Recurso contra o acordo de finalización da terminación convencional no expediente S-14/2021 Licitación accións formativas de emprego A Coruña

En Pleno

D. Ignacio López-Chaves Castro, presidente

D. Daniel Neira Barral, secretario/vogal

Dña. María Teresa Cancelo Márquez, vogal

En Santiago de Compostela, a 11 de xuño de 2024

O Pleno da Comisión Galega da Competencia (en adiante CGC) coa composición arriba indicada dita a presente Resolución pola que se resolve o recurso interposto por SIGLO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN S.L. (en adiante SIGLO XXI) ao amparo do disposto no artigo 47 da Lei 15/2007, de 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC) contra o acordo de finalización da terminación convencional de data de 23 de novembro de 2023 ditado pola Subdirección de Investigación (SUBDIR) da Comisión Galega da Competencia no expediente S-14/2021 LICITACIÓN ACCIÓNS FORMATIVAS DE EMPREGO A CORUÑA. A condición de relator da presente resolución correspondeulle a D. Ignacio López-Chaves Castro.

1.- ANTECEDENTES DE FEITO

1.- En data de 27 de agosto de 2021 o Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (TACGal), remitiu á Comisión Galega da Competencia (en diante CGC) unha copia da súa Resolución número 166/2021, do 27 de agosto de 2021, polo que se resolvía o Recurso especial en materia de contratación nº 156/2021 interposto por SARARTE SL, contra os acordos de exclusión da súa oferta e de adxudicación do “lote 2 Carpintería”, no expediente de contratación de servizos por lotes de accións formativas do Servizo Municipal de Emprego e Empresas, expediente: 526/2020/61 do Concello da Coruña.

A resolución do TACGal, conclúe que existen indicios fundados de que as empresas INTERFACE ONLINE, SL e SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL non operaron nesta concreta licitación como autónomas e independentes e así manifesta expresamente que:

“Polo tanto, a conclusión á que ten que chegar este TACGal, con estes indicios, é que as referidas ofertas, Interface Online, SL e Século XXI Consultores de Formación, SL non operaron nesta concreta licitación como autónomas e independentes, polo que a adxudicación non podía recaer nas mesmas, sen entón necesidade de entrar no resto dos considerandos do recurso. Procede así a estimación do recurso presentado, decretándose a anulación dos acordos aquí impugnados, por non poder recaer a adxudicación en ningunha daquelas ofertas, debendo retrotraerse o procedemento de licitación e manténdose a tales efectos a validez naqueles actos e trámites cuxo contido permanecería igual de non cometerse a infracción.”

2.- A remisión á CGC efectuouse ao amparo do Artigo 132.3 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante LCSP) e do Artigo 23.3 da Lei 14/2013, do 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico de Galicia.

3.- Á vista da citada documentación, a SUBDIC desenvolveu unha información reservada, que recibiu o número IR 14/2021, coa finalidade de determinar, con carácter preliminar, se concurrían as circunstancias que xustificasen a incoación dun expediente sancionador.

4.- En data 28 de outubro de 2021 a SUBDIC solicitou ao Concello da Coruña copia do expediente administrativo correspondente á licitación do lote 2 da contratación dun servizo de «organización e impartición de accións formativas do Servizo Municipal de Emprego e Empresas», licitado polo Concello da Coruña, coa referencia Expediente: 526/2020/61, do Concello de A Coruña.

5.- Con data 24 de novembro de 2021 o Concello remite o expediente á SUBDIC.

6.- Con data 14 de decembro de 2021 a directora de Competencia (en diante DC) da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (en diante CNMC) remitiu á Subdirección de Investigación da Comisión Galega da Competencia (en diante SUBDIC) proposta de asignación do expediente identificado como S-14/2021 LICITACIÓN ACCIÓNS FORMATIVAS DE EMPREGO A Coruña ao considerar, conforme aos criterios de asignación previstos na Lei 1/2002, que os feitos denunciados afectarían, no seu caso, unicamente á competencia no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia,

sen que afecte a un ámbito superior ao da devandita Comunidade Autónoma, nin ao conxunto do territorio nacional, criterio que foi compartido pola SUBDIC.

7.- En data 3 de novembro de 2022 a SUBDIC enviou ao Concello da Coruña un novo requirimento de información para que achegase os Expedientes 526-2020-61 Lote 9 e o expediente 526.2021.69 lotes 1 e 2.

8.- En data 24 de novembro de 2023 remite documentación o concello.

9.- En data 1 de decembro de 2022 a SUBDIC enviou ao Concello da Coruña un segundo requirimento de información para que achegase os Expedientes 526-2020-61 Lote 9 e o expediente 526.2021.69 lotes 1 e 2.

10.- En data 24 de xaneiro de 2023, á vista da información reservada (IR) levada a cabo pola SUBDIC e do exame da documentación existente no Expediente de contratación pública no que presuntamente se produciron os feitos denunciados, a SUBDIC acordou incoar o expediente sancionador identificado como S 14/2021 – Licitación accións formativas de emprego, ao apreciar indicios racionais de prácticas prohibidas pola LDC, de acordo co disposto no seu artigo 49.1 LDC e 28 RLDC, en virtude das atribucións que confire á SUBDIC o artigo 36.2.a) de EIGCC, contra as empresas que a continuación se relacionan, ao apreciar na conduta das devanditas empresas indicios racionais de prácticas prohibidas polos artigos 1 e/o 3 da LDC.

Devandito expediente sancionador incoouse contra as seguintes empresas e grupos:

1º.- INTERFACE ONLINE, SL;

2º.- SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL

No devandito acordo de incoación recoñeceuse a condición de interesada á DC, da CNMC, conforme ao previsto na Lei 1/2002.

11.- En data 9 de febreiro de 2023 a SUBDIC require información ás empresas INTERFACE ONLINE, SL (en adiante INTERFACE) e SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL (en adiante SÉCULO XXI) sobre licitacións ás que concorresen, ben soas ou ben en UTE, indicando o resultado das mesmas, sobre a composición de capital social e sobre a existencia de vínculos entre os partícipes de ambas as sociedades, administradores ou persoal.

12.- Con data 21 de febreiro de 2023 INTERFACE ONLINE, SL responde ao devandito requirimento.

13.- En data 2 de marzo de 2023, SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL presenta unha “Proposta de Terminación Convencional” ao expediente en curso e responde o requirimento de información.

14.- En data 11 de marzo de 2023 a SUBDIC realiza un segundo requirimento de información ás empresas INTERFACE ONLINE, SL e SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL sobre a pertenza ou non a algún grupo empresarial ou a condición de empresa independente, e a documentación que acredite a existencia ou inexistencia de calquera relación de vinculación entre as empresas SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACION, SL. e INTERFACE-ONLINE, SL.

15.- En data 12 de abril de 2023 a SUBDIC asina o **“ACORDO INICIO ACTUACIÓN TERMINACIÓN CONVENCIONAL E DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL PRAZO MÁXIMO PARA RESOLVER”**, no procedemento sancionador S 14/2021 referido no apartado

12, concede a Século XXI Consultores de Formación, un prazo de dez días para que achegue compromisos adicionais aos presentados, xa que os achegados no escrito de data 02.03.2023 non parecían suficientes para cumprir as esixencias do artigo 52 da LDC, e acorda a suspensión do prazo máximo para ditar a resolución. Deste acordo dáse traslado a Interface Online S.L., a Século XXI Consultores de Formación S.L e á CNMC para que se puidesen pronunciar no prazo de dez días hábiles sobre a Terminación Convencional (TC).

16.- En data 14 de abril de 2023 SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACION, SL. envía un escrito coa presentación de compromisos adicionais aos presentados no seu escrito do 12 de abril.

17.- En data 17 de abril de 2023, a CNMC presenta observacións á proposta de TC.

18.- En data 25 de abril de 2023 preséntase escrito INTERFACE ONLINE S.L.

19.- En data 21 de novembro de 2023 o subdirector de investigación traslada ao Pleno da Comisión Galega da Competencia para o seu coñecemento as propostas de compromisos presentados na TC, para os efectos previstos no artigo 39.2, inciso final RLDC.

20.- En data 23 de novembro de 2023 a SUBDIC acorda poñer fin ao trámite de Terminación convencional solicitada por Século XXI Consultores de Formación, SL rexeitando os compromisos propostos por consideralos non proporcionados nin suficientes para resolver os efectos sobre a competencia das condutas obxecto do expediente, garantindo o interese público para os efectos previstos no artigo 52 LDC. Este acordo é comunicado ás partes o 23 de febreiro de 2024.

21.- Con data 01 de marzo de 2024 a SUBDIC comunica ás partes o prego de concreción de feitos (PCH) por presunta comisión de infracción tipificada no artigo 1 da LDC da que serían responsables as empresas Século XXI Consultores de Formación, SL e Interface Online SL.

22.- Con data 04 marzo de 2024 Século XXI Consultores de Formación SL. solicita a vista do expediente.

23- En data 18 de marzo de 2024 Século XXI Consultores de Formación, SL presenta recurso ao amparo de artigo 47 da LDC contra a adopción do Acordo de finalización da Terminación Convencional ditada pola Subdirección de Investigación o 23 de novembro de 2023 da Comisión Galega da Competencia no S-14/2021 Licitación acciones formativas de emprego A Coruña. No devandito acordo a SUBDIC poñía fin ao trámite de Terminación convencional solicitada por SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL, rexeitaba os compromisos propostos polas partes por consideralos non proporcionados e insuficientes, levantaba a suspensión provisional do prazo máximo para ditar resolución e fixaba o novo prazo máximo para ditar Resolución.

24.- En data, 02 de abril de 2024 ponse ao dispor de Século XXI Consultores de Formación SL notificación que contén ligazón para o acceso por medios electrónicos ao expediente solicitado no apartado 18. Esta notificación é rexeitada en data 13 de abril de 2024 por non acceder en prazo.

25.- En data 10 de abril de 2024 o Pleno da CGC unha vez acreditado que o recurso fora interposto en prazo, acordou requirir á SUBDIC para que conforme ao previsto no art. 47 da LDC remitise no prazo de cinco días copia do expediente S-14/2021 Licitación accións formativas de emprego A Coruña, así como o Informe previsto no art. 24 do Real Decreto 261/2008, do 22 de febreiro, polo que se aproba o

Reglamento de Defensa da Competencia (en diante RDC). Así mesmo, acordou que unha vez recibido o referido expediente se lles dese traslado aos interesados do mesmo e do recurso conforme ao previsto no art. 47 da LDC e o art. 24 do Real Decreto 261/2008. Devandito acordo foi notificado aos interesados.

26.- En data 17 de abril de 2024 SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL solicita novamente a vista do expediente.

27.- En data 18 de abril de 2024ponse novamente ao dispor de Século XXI Consultores de Formación, SL notificación, que contén ligazón para o acceso por medios electrónicos ao expediente solicitado.

28.- En data 26 de abril SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL volve solicitar a documentación- En data 8 de maioponse ao dispor de SÉCULO XXI o expediente S 14-2021.

29.- Con data 8 de maio de 2024 a SUBDIC remitiu ao Pleno o Informe previsto no art. 24 do RDC así como copia completa do expediente S-14/2021 Licitación accións formativas de emprego A Coruña, que con data 13 de maio de 2024 foron notificadas e postas ao dispor dos interesados. No devandito Informe a SUBDIC considera axustado a dereito propoñer a desestimación do novo recurso interposto por SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL xa que non se ocasionou indefensión nin se produciron prexuízos irreparables a dereitos ou intereses lexítimos da recorrente, co que o recurso interposto por SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL non reuniría os requisitos esixidos polo artigo 47 da LDC, e, en consecuencia, debía ser inadmitido de plano.

30.- Con data 11 de xuño de 2024 o Pleno reuniuse para deliberar e aprobar esta Resolución.

2. FUNDAMENTOS DE DEREITO

2.1.- Obxecto da Resolución, pretensións da recorrente e motivos do recurso

Na presente Resolución este Pleno deberá pronunciarse sobre o recurso interposto ao amparo do art. 47 da LDC por SÉCULO XXI contra a adopción pola Subdirección de Investigación da CGC do Acordo de finalización da Terminación Convencional ditada o 23 de novembro de 2023 no expediente S-14/2021 “Licitación accións formativas de emprego A Coruña”

No seu escrito SÉCULO XXI solicita a aceptación das súas propostas de compromisos por ela presentados en data 14 de abril de 2023 na medida en que estima que eses compromisos a CGC os considerou adecuados noutro expediente sancionador que finalizou con terminación convencional no contexto dunha licitación pública, en concreto, no Expediente Sancionador S 4/2020 incoado por presuntas condutas colusorias.

Opina a empresa SÉCULO XXI que a resolución do 23 de novembro de 2023 da SUBDIC ao considerar que os compromisos presentados son insuficientes é unha resolución arbitraria, e neste sentido afirma textualmente que:

“(…) é unha resolución arbitraria porque non considerou adecuados compromisos que o foron previamente para o mesmo órgano na mesma situación coa mesma normativa (se cabe nunha situación de maior gravidade), ao mesmo tempo que non ofreceu á miña representada unha contraproposta, como fixo previamente noutros expedientes, que emendase segundo a subdirección a insuficiencia pola que podería desestimar os compromisos”

A recorrente recoñece que presentou na súa proposta de TC os mesmos compromisos que outras empresas presentaran nunha proposta de TC noutro expediente sancionador tramitado pola CGC, sendo devanditos compromisos aceptados nese expediente. Tamén alega que non se ofreceu unha contraproposta, como si se fixo previamente noutros expedientes.

Estima tamén que a SUBDIC podería non aceptar o acordo de inicio de actuacións para a terminación convencional.

Considera que o acordo da SUBDIC prodúcelle un prexuízo irreparable aos seus dereitos ao negar arbitrariamente a terminación convencional do expediente. Non alega, en cambio, indefensión como motivo do recurso.

Por estas razóns solicita, non a anulación do Acordo de finalización da Terminación Convencional ditada pola Subdirección de Investigación o 23 de novembro de 2023, senón a aceptación polo Pleno das propostas de compromisos presentadas por SÉCULO XXI o 14 de abril de 2023 para a terminación convencional do expediente.

2.2.- Informe da subdirección de investigación

A SUBDIC propón que debe ser o recurso inadmitido.

Así considera que:

“(…) A corrección formal e substantiva da actuación administrativa que agora se recorre impide considerar que se produciu vulneración algunha de dereitos fundamentais nin se imposibilita, de existir, o seu restablecemento, que tampouco cabería apreciar a existencia do requisito de prexuízo irreparable que esixe o artigo 47 LDC. “

e que

“(…) en canto ao suposto prexuízo irreparable, o Tribunal Constitucional entende que é "aquel que provoque que o restablecemento do recorrente no dereito constitucional vulnerado sexa tardío e impida a súa efectiva restauración" (por todas, ATC 79/2009, do 9 de marzo de 2009). A corrección no actuar administrativo, por unha banda, e a existencia de trámites posteriores nos que a recorrente pode facer valer os seus dereitos, por outra, impide falar de vulneración algunha de dereito fundamental”

Afirma que en ningún caso pode considerarse como un prexuízo irreparable o rexeitamento dos compromisos ofrecidos pola recorrente e a terminación dun expediente sancionador por medio de resolución que se pronuncie sobre a existencia dunha conduta prohibida e que, no seu caso, poida impoñer unha sanción conforme ao ordenamento xurídico.

Considera a SUBDIC que a terminación convencional é un incidente integrado no procedemento sancionador, polo que a legalidade da súa configuración e desenvolvemento dependen unicamente de que se cumpra o disposto nos artigos 52 da LDC e 39 do RDC. Sobre a indebida separación do precedente administrativo sinala que a proluxa argumentación do acordo de finalización é suficiente para descartar este motivo de impugnación e lembra o carácter non obrigatorio do incidente de terminación convencional e a facultade da recorrente para invocar ambos os motivos de fondo no eventual recurso contra unha eventual resolución de sanción.

2.3.- Alegacións

Posto de manifesto o expediente aos interesados e enviado o informe da SUBDIC non se presentaron alegacións.

2.4.- Naturaleza do recurso

Como sinalamos noutras Resolucións da CGC, o artigo 47 da LDC regula o recurso administrativo contra as resolucións e actos ditados polo SUBDIC ao dispoñer que

- “1. As resolucións e actos da Dirección de Investigación que produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos serán recurribles ante o Consello da Comisión Nacional da Competencia no prazo de dez días.
2. O Consello inadmitirá sen máis trámite os recursos interpostos fóra de prazo.
3. Recibido o recurso, o Consello poñerá de manifesto o expediente para que as partes formulen alegacións no prazo de quince días.”

Como sinala a Sentenza da Tribunal Supremo do 16 de novembro de 2018 (recurso 2781/2016) no seu Fundamento de Dereito Primeiro:

“Esta previsión específica constitúe unha aplicación do disposto, con carácter xeral, no artigo 107.2 da Lei 30/1992 no ámbito sectorial da defensa da competencia. Prevese un recurso administrativo especial e extraordinario xa que unicamente procede por motivos taxados, isto é, a condición de que se trate de resolucións que produzan indefensión ou prexuízo irreparable aos dereitos ou intereses lexítimos dos interesados.”

Conforme a iso os motivos de impugnación pola vía do art. 47 da LDC **deberán de estar baseados unicamente en indefensión ou no prexuízo irreparable dos actos recorridos e non en calquera outro motivo**, non sendo este art. 47 unha vía aberta para o

control de toda a actuación da Subdirección de Investigación por calquera motivo como sinalou de forma reiterada o Tribunal Supremo.

Así xa na súa sentenza do 30 de setembro de 2013 (recurso de casación 5606/2010) afirma que:

”En efecto, a vía a través da cal é posible a impugnación "anticipada" das resolucións e actos ditados pola Dirección de Investigación é precisamente, na nova Lei 15/2007, de Defensa da Competencia, a establecida no seu artigo 47.1, isto é, o recurso (interno) fronte a unhas e outros ante o Consello da Comisión Nacional da Competencia. Pero non se trata dunha vía que abra a posibilidade a calquera impugnación e por calquera motivo senón exclusivamente a daqueles actos ou resolucións aos que se impute causar indefensión ou provocar "prexuízo irreparable a dereitos e intereses lexítimos".

No mesmo sentido STS do 21 de novembro de 2014 (recurso de casación 4041/2011) que sinala, como xa fixera a sentenza do 30 de setembro de 2013, que:

“(…) Quérese dicir, pois, que tanto o Consello da Comisión Nacional da Competencia como, eventualmente, a Sala da Audiencia Nacional ao xulgar sobre as decisións deste, deben limitarse a revisar os devanditos actos e resolucións da Dirección de Investigación unicamente desde aquela dobre perspectiva. Non é que o axuizamento de tales actos e resolucións queden así impedidos senón simplemente, como sucede co resto de actos de trámite ou de instrución dos procedementos sancionadores, diferido ao momento en que recaia a decisión final do procedemento. Será entón cando a parte poida invocar calquera motivo de nulidade das resolucións finais por derivar de actos previos viciados. Pero, repetimos, non cabe no recurso administrativo previsto polo artigo 47.1 da Lei 15/2007 examinar senón a concorrencia das dúas circunstancias que motivaron a súa implantación, isto é, comprobar se as resolucións e actos da Dirección de Investigación produciron indefensión ou ocasionaron prexuízos irreparables. O resto de motivos impugnatorios eventualmente opoñibles fronte a aqueles actos queda reservado, repetimos, ao axuizamento da resolución final do expediente sancionador.”

Neste recurso, por tanto, só poderá examinarse nesta resolución se na súa actuación a subdirección de investigación causou indefensión ou un prexuízo irreparable a SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN SL no acordo de finalización da terminación convencional do 23 de novembro de 2023, polo que desestimaba as propostas definitivas de compromisos presentadas. Por iso a SUBDIR sinala acertadamente no seu Informe do 3 de maio de 2024 que

“30.- Non estamos, pois, ante os recursos regulados na Lei 39/2015, senón ante o único recurso administrativo previsto pola LDC contra os actos ditados polo órgano instructor en materia de defensa da competencia.

31.- O artigo 47 da LDC regula o recurso administrativo contra as resolucións e actos ditados pola DC que produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos. A sentenza do Tribunal Supremo do 30 de setembro de 2013 advirte de que os motivos de impugnación fronte a actuacións da DC deben estar baseados unicamente na indefensión ou o prexuízo irreparable que os actos recorridos poidan causar a dereitos ou intereses lexítimos, e non en ningún outro motivo: “En efecto, a vía a través da cal é posible a impugnación "anticipada" das resolucións e actos ditados pola Dirección de Investigación é precisamente, na nova Lei 15/2007, de Defensa da Competencia, a establecida no seu artigo 47.1, isto é, o

recurso (interno) fronte a unhas e outros ante o Consello da Comisión Nacional da Competencia. Pero non se trata dunha vía que abra a posibilidade a calquera impugnación e por calquera motivo senón exclusivamente a daqueles actos ou resolucións aos que se impute causar indefensión ou provocar "prexuízo irreparable a dereitos e intereses lexítimos".

No presente recurso SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL alegou unicamente, como vimos, prexuízo irreparable como razón da interposición do mesmo.

2.5 Natureza da terminación convencional

A normativa que regula a terminación convencional (TC) no ámbito dos procedementos seguidos ante as autoridades da competencia aparece contemplada no texto do art. 52 da LDC que establece que:

“Artigo 52. Terminación convencional.

1. O Consello da Comisión Nacional da Competencia, a proposta da Dirección de Investigación, poderá resolver a terminación do procedemento sancionador en materia de acordos e prácticas prohibidas cando os presuntos infractores propoñan compromisos que resolvan os efectos sobre a competencia derivados das condutas obxecto do expediente e quede garantido suficientemente o interese público.
2. Os compromisos serán vinculantes e fornecerán plenos efectos unha vez incorporados á resolución que poña fin ao procedemento.
3. A terminación do procedemento nos termos establecidos neste artigo non poderá acordarse unha vez elevado o informe proposta previsto no artigo 50.4.”

O desenvolvemento regulamentario do mesmo está contido no art. 39 do Regulamento de Defensa da Competencia que dispón que

“Artigo 39. Terminación convencional dos procedementos sancionadores.

1. De conformidade co artigo 52 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, en calquera momento do procedemento previo á elevación do informe proposta previsto no artigo 50.4 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, a Dirección de Competencia poderá acordar, a proposta dos presuntos autores das condutas prohibidas, o inicio das actuacións tendentes á terminación convencional dun procedemento sancionador en materia de acordos e prácticas prohibidas. Este acordo de inicio da terminación convencional será notificado aos interesados, indicándose se queda suspendido o cómputo do prazo máximo do procedemento ata a conclusión da terminación convencional.
2. Os presuntos infractores presentarán a súa proposta de compromisos ante a Dirección de Competencia no prazo que esta fixe no acordo de iniciación da terminación convencional, que non poderá ser superior a tres meses. Dita proposta será trasladada ao Consello da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia para o seu coñecemento.
3. Se os presuntos infractores non presentasen os compromisos no prazo sinalado pola Dirección de Competencia teráselles por desistidos da súa petición de terminación convencional, continuándose a tramitación do procedemento sancionador. Así mesmo,

entenderase que os presuntos infractores desisten da súa petición se, unha vez presentados os compromisos ante a Dirección de Competencia e considerando esta que os mesmos non resolven adecuadamente os efectos sobre a competencia derivados das condutas obxecto do expediente ou non garanten suficientemente o interese público, os presuntos infractores non presentasen, no prazo establecido para ese efecto pola Dirección de Competencia, novos compromisos que, a xuízo desta, resolvan os problemas detectados.

4. A proposta de compromisos será remitida pola Dirección de Competencia aos demais interesados co fin de que poidan aducir, no prazo que se sinale, cantas alegacións crean convintes.

5. A Dirección de Competencia elevará ao Consello da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia a proposta de terminación convencional para a súa adopción e incorporación á resolución que poña fin ao procedemento. Recibida a proposta de terminación convencional e, no seu caso, informada a Comisión Europea de acordo co previsto no artigo 11.4 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, do 16 de decembro de 2002, o Consello da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia poderá:

a) Resolver o expediente sancionador por terminación convencional, estimando adecuados os compromisos presentados.

b) Resolver que os compromisos presentados non resolven adecuadamente os efectos sobre a competencia derivados das condutas obxecto do expediente ou non garanten suficientemente o interese público, nese caso, poderá conceder un prazo para que os presuntos infractores presenten ante o Consello da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia novos compromisos que resolvan os problemas detectados. Se, transcorrido este prazo, os presuntos infractores non presentasen novos compromisos, teráselles por desistidos da súa petición e o Consello da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia instará á Dirección de Competencia a continuación do procedemento sancionador.

6. A resolución que poña fin ao procedemento mediante a terminación convencional establecerá como contido mínimo:

a) A identificación das partes que resulten obrigadas polos compromisos.

b) O ámbito persoal, territorial e temporal dos compromisos.

c) O obxecto dos compromisos e o seu alcance.

d) O réxime de vixilancia do cumprimento dos compromisos.

7. Poderase abrir un novo procedemento sancionador por infracción dos artigos 1, 2 ou 3 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, ou por infracción dos artigos 101 ou 102 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea cando se produciron cambios substanciais en calquera dos feitos nos que se baseou a resolución de terminación convencional, cando as partes obrigadas actúen de forma contraria aos compromisos asumidos ou cando a resolución se baseou en información incompleta, incorrecta, enganosa ou falsa facilitada polas partes.

A apertura do novo procedemento sancionador será compatible coa incoación doutros procedementos sancionadores polas infraccións previstas nos artigos 62.4.c) ou 62.3.c) da Lei

15/2007, do 3 de xullo, así como coa imposición de multas coercitivas de acordo co establecido no artigo 67 da mesma lei.”

A terminación convencional constitúe, por tanto, unha forma de finalizar un procedemento sancionador incoado por unha autoridade de competencia pola infracción da lexislación de defensa da competencia que pode solicitar o presunto infractor e que está condicionada ao ofrecemento, por ese presunto infractor, duns compromisos que a xuízo desa autoridade de competencia sexan suficientes para resolver “os efectos sobre a competencia derivados das condutas obxecto do expediente e quede garantido suficientemente o interese público.”

O texto do art. 52 sinala que o Consello da Comisión Nacional da Competencia

“(…) a proposta da Dirección de Investigación, poderá resolver a terminación do procedemento sancionador en materia de acordos e prácticas prohibidas (...) “

e o art. 39 do RDC establece con claridade que

“(…) a Dirección de Competencia poderá acordar, a proposta dos presuntos autores das condutas prohibidas, o inicio das actuacións tendentes á terminación convencional dun procedemento sancionador en materia de acordos e prácticas prohibidas”.

A redacción deses preceptos que empregan o termo “poderán” en relación coa actuación das Autoridades de competencia significa que non impoñen unha obrigaón ás mesmas de admitir, tramitar ou resolver favorablemente a solicitude dunha Terminación Convencional que presentara algunha das empresas ás que se lles incoa o expediente sancionador. Neste sentido pronunciase a Sentenza do TS de data 5 de outubro de 2015 (recurso de casación núm. 3250/2012) que sinala que a discrecionalidade administrativa sitúase mesmo no inicio do expediente de terminación convencional e afirma que:

“Tanto a Lei 30/92 como a LDC inclúen a expresión "poderán" seguida no caso da LRJAP de "celebrar acordos, pactos, convenios ou contratos con persoas tanto de dereito" e no caso da LDC de "resolver a terminación do procedemento sancionador en materia de acordos e prácticas prohibidas". No caso do Regulamento de Defensa da Competencia, o artigo 39 con claridade establece que "a Dirección de Investigación poderá acordar, a proposta dos presuntos autores das condutas prohibidas, o inicio das actuacións tendentes á terminación convencional.

A discrecionalidade administrativa, no suposto destes procedementos de Defensa da Competencia, sitúase por tanto no propio inicio do procedemento, e non como alega a recorrente, na valoración e resolución dos compromisos propostos.

En todo caso, a potestade discrecional da Administración debe referirse sempre a algún ou algúns dos elementos do acto administrativo. E conforme á doutrina reiterada tanto do Tribunal Constitucional como do Tribunal Supremo o que se esixe para evitar a indefensión e cumprir a esixencia da motivación das resolucións, é que se analicen, aínda que non sexa exhaustiva e pormenorizadamente, as cuestións expostas e que se especifiquen as razóns ou circunstancias tidas en conta para resolver, a fin de posibilitar que os afectados poidan coñecer esas razóns e motivos e con iso poidan articular adecuadamente os seus medios de defensa”

Diso dedúcese que a LDC non confire ao presunto infractor un dereito subxectivo de carácter procedemental que obrigue á Autoridade de Competencia (neste caso a CGC) nun procedemento de infracción da normativa de defensa da competencia para ter que admitir, tramitar ou resolver favorablemente unha proposta de compromisos que algún ou tódolos interesados nun expediente sancionador presenten ante a SUBDIC. Por iso non constitúe para as autoridades de competencia unha necesaria obrigación á terminación convencional do procedemento sancionador incoado polo só feito de solicitalo o interesado xa que, como vimos, a dirección de investigación da CNMC (e tamén por iso a subdirección de investigación da CGC) no exercicio das funcións que eses artigos lle encomendan, valorando tanto os efectos dos compromisos presentados sobre a competencia afectada por esa infracción, como os intereses públicos existentes, así como outros criterios como a gravidade da conduta ou o momento da presentación da solicitude de terminación convencional, tomará a decisión sobre a admisión ou non da devandita terminación convencional.

Indicar que as observacións aos compromisos da empresa presentadas pola CNMC en data 18 de abril de 2023 afírmase que

“(…) o acordar o inicio das actuacións tendentes a terminación convencional do expediente non impide neste momento procedemental a súa continuación como procedemento sancionador”

Este é o criterio recollido pola Xurisprudencia de forma reiterada que chega a sinalar que calquera outra interpretación desas disposicións implicaría deixar ao arbitrio dos presuntos infractores a decisión sobre cando debe a administración exercer a potestade sancionadora ou non. Neste sentido a Sentenza do TS de data 5 de outubro de 2015 (recurso de casación núm. 3250/2012), en liña con outra anterior do 24 de setembro de 2015 (recurso de casación núm. 725/2013), indica no seu Fundamento de Dereito Segundo que

“En efecto, consideramos que o pronunciamento da Sala de instancia se fundamenta nunha interpretación convincente e razoable do artigo 52 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia, que establece que «o Consello da Comisión Nacional da Competencia, a proposta da Dirección de Investigación, poderá resolver a terminación do procedemento sancionador en materia de acordos e prácticas prohibidas cando os presuntos infractores propoñan compromisos que resolvan os efectos sobre a competencia derivados das condutas obxecto do expediente e quede garantido suficientemente o interese público», en relación co disposto no artigo 39 do Regulamento de Defensa da Competencia, aprobado polo Real Decreto 261/2008, de 22 febreiro, e no artigo 88 da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común, pois non estimamos que a Lei de Defensa da Competencia nin a Lei procedemental administrativa confiran á persoa afectada por un expediente sancionador un dereito subxectivo de carácter procedemental -inscrito no deber de boa administración-, que obrigue á Administración para promover a terminación convencional do procedemento polo só feito de solicitalo, e, singularmente, á terminación do procedemento sancionador, xa que, segundo se infire das disposicións legais e regulamentarias analizadas, a Dirección de Investigación da Comisión Nacional da Competencia -no exercicio da súa función de proposta, respecto da procedencia de iniciar os trámites tendentes á terminación convencional do expediente sancionador, e a propia Comisión Nacional da Competencia, como órgano resolutor deste

incidente procedementa- l, deben ponderar os intereses públicos concorrentes, valorando a gravidade da conduta infractora e a capacidade dos compromisos presentados polo presunto infractor para liquidar os efectos lesivos sobre a libre competencia que se produciron, na medida en que outra interpretación das citadas disposicións comportaría deixar ao arbitrio dos presuntos infractores a decisión sobre cando a Administración Pública debe exercer a potestade sancionadora.”

Este mesmo criterio reiterouno o TS na súa sentenza do 16 de novembro de 2018 (recurso de casación núm. 2781/2016)

2.6 Motivación do Acordo da Subdirección de Investigación de data 23 de novembro de 2023

O Acordo da SUBDIC do 23 de novembro de 2023 pon fin ao trámite de Terminación convencional que fora solicitada por SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL. Na devandita terminación rexéitanse os compromisos ofrecidos pola empresa por consideralos non proporcionados nin suficientes para resolver os efectos sobre a competencia das condutas que foran obxecto do expediente e que ao mesmo tempo garantisen o interese público para os efectos previstos no artigo 52 LDC.

Para chegar ao devandito acordo a SUBDIC examinou a proposta de compromisos presentada por SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL, deu traslado da devandita proposta ao outro interesado, así como á CNMC.

A empresa SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL achegou posteriormente, con data 14 de abril de 2023, unha serie de compromisos adicionais que sinala que eran os mesmos que os presentados por outras empresas noutros expedientes sancionadores incoados pola SUBDIC e que finalizaran cunha TC.

A CNMC, a través da Dirección de Competencia, presentou observacións aos compromisos propostos polos solicitantes. Así, como sinala a SUBDIC no seu Acordo do 23 de novembro, con data 18 de abril de 2023 a CNMC formulou as súas observacións sobre o Acordo de Terminación Convencional do expediente S-14/2021 estimando que non resultaba procedente resolver o procedemento sancionador mediante unha terminación convencional e que os compromisos propostos resultaban insatisfactorios,

Na tramitación a SUBDIC analizou por iso tanto as propostas iniciais de compromisos presentadas por SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL, os compromisos adicionais que dita empresa presentou en data 14 de abril e as observacións que sobre elas realizou a Dirección de Competencia da CNMC.

Nas observacións da Dirección de Competencia da CNMC de data 18 de abril de 2023 oponse á finalización mediante TC ao afirmar que entende que non resulta procedente resolver o procedemento sancionador mediante unha terminación convencional e sinala que os compromisos

propostos son insatisfactorios tanto no marco dunha terminación convencional como no dun sancionador ordinario. Así nas devanditas observacións sinala textualmente:

“(…) O restablecemento rápido das condicións de competencia queda descartado dado que, como se sinalou, a infracción está materializada e esgotada en si mesma. Polo que, mediante a terminación procedemental, non é posible conseguir, de forma máis eficaz, poñer fin á mesma”

Citando a Comunicación elaborada pola propia CNMC sobre terminación convencional dos expedientes sancionadores¹ que, como sinala a Disposición adicional terceira da LDC², ten como finalidade aclarar os principios que guían a actuación da propia CNMC en a aplicación que esta faga da LDC, indica que, na súa opinión, non debe de acordarse o inicio da TC cando se investigue unha infracción do art. 1 da LDC³.

Continúa indicando a CNMC

“(…) as condutas investigadas tiveron lugar no expediente de licitación pública mencionado, e aínda que finalmente a decisión de adxudicación foi revogada polo Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia, a conduta analizada foi materializada e executada, polo que se pode entender, *primie facie*, que se trata dunha conduta que se esgotou no devandito momento”

Tamén observa que o restablecemento rápido das condicións de competencia debe de ser descartado xa que a infracción está materializada e esgotada en si mesma, polo que mediante a terminación procedemental non é posible conseguir, de forma máis eficaz, poñer fin á mesma.

En relación cos compromisos, sinala a CNMC que os mesmos son contraproducentes e mesmo, chega a afirmar, que poderían resultar incentivadores das infraccións de competencia máis graves e explica as razóns diso.

A SUBDIC no seu Acordo do 23 de novembro de 2023, acepta na súa totalidade os argumentos expostos pola Directora de Competencia da CNMC, polo que é contraria a admitir os compromisos propostos ao non cumprir adecuadamente os requisitos imprescindibles para ser admitidos conforme ao artigo 52 LDC e permitir que, de forma excepcional, se poña fin mediante TC ao presente expediente sancionador, procedendo, en consecuencia a elaborar o correspondente Prego de Concreción de Feitos.

- 1 Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores, adoptada en decembro de 2013 pola Comisión Nacional da Competencia (CNC), precedente da actual CNMC.
- 2 A Disposición adicional terceira da Ley 15/2007, de 3 de xullo, de defensa da competencia dispón que “A Comisión Nacional da Competencia poderá publicar Comunicacions aclarando os principios que guían a súa actuación en aplicación da presente Lei. En particular, as Comunicacions referentes aos artigos 1 a 3 desta Lei se publicarán oído o Consello de Defensa da Competencia”. O Tribunal de Defensa da Competencia de Aragón no seu Informe 2/2012 aprobou tamén unha Comunicación sobre os criterios a aplicar nos supostos en que se solicitase a terminación convencional nos procedementos sancionadores incoados por condutas prohibidas
- 3 Criterio distinto é o mantido polo Tribunal de Defensa da Competencia de Aragón no seu Informe 2/2012 en que sostiene que “No hay ni en la LDC ni el Reglamento casos determinados en los que resulta procedente acordar a iniciación dun procedemento de terminación convencional. En conclusión, a Lei non configura esta forma de finalización dun expediente sancionador como excepcional ou reservada a determinados casos específicos.”



De todo o visto dedúcese que a SUBDIC, ao adoptar o Acordo do 23 de novembro de 2023, o fixo de forma reflexiva e neste sentido realizou un amplo exame de tódolos compromisos presentados pola empresa SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL (tanto os iniciais como os achegados con posterioridade) así como estudou as observacións formuladas pola CNMC. No seu Acordo a SUBDIC fixo unha extensa valoración, razoada e motivada, das propostas recibidas que as contrapón coas observacións que formulara a CNMC, tamén analiza o expediente coa comunicación realizada á CGC por parte do Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia.

No apartado II do Acordo de 23 de novembro de 2023 pódese examinar a valoración sobre a viabilidade da TC á luz dos compromisos ofrecidos polas partes, que coinciden cos criterios expostos pola CNMC nas súas observacións o que lle leva a concluír á SUBDIC que os compromisos non cumpren os requisitos do art. 52 da LDC.

2.7 Improcedencia do recurso

2.7.1. Indefensión.

Como xa sinalamos SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL non alega indefensión no seu escrito do 18 de marzo de 2024 polo que interpón o recurso do art. 47 da LDC

2.7.2. Inexistencia de prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos.

Examinando a única causa invocada polo alegante no seu recurso, prexuízo irreparable aos seus dereitos ao negar arbitrariamente a terminación convencional do expediente, debemos indicar o seguinte:

O Tribunal Constitucional entende como prexuízo irreparable “aquele que provoque o restablecemento do recorrente no dereito constitucional vulnerado sexa tardío e impida a súa efectiva restauración” (por todos, ATC 79/2009, do 9 de marzo de Fundamento Xurídico 1º).

SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN, SL indica no seu escrito de recurso, que o acordo da SUBDIC do 23 de novembro de 2023 co que finalizou a terminación convencional solicitada pola empresa desestimando as propostas presentadas e acordando que o levantamento do prazo máximo para resolver lle causa un prexuízo irreparable aos seus dereitos ou intereses lexítimos ao negar a terminación convencional do expediente, que cualifica como arbitraria.

Xustifica esa arbitrariedade, que é a xuízo de SÉCULO XXI a razón dese prexuízo irreparable, nas seguintes razóns:

- a) Aceptar a tramitación da TC.
- b) Non aceptar os mesmos compromisos que outras empresas presentaran noutro expediente sancionador incoado pola CGC e que finalizara en TC.
- c) Non ofrecer unha contraproposta aos seus compromisos.

Na súa solicitude SIGLO XXI propón

“A aceptación das propostas de compromisos presentadas pola miña representada en data 14 de abril de 2023 para a terminación convencional do expediente, máxime cando non se propuxeron compromisos alternativos”

Non explica a natureza dese prexuízo, nin os criterios que pode servir para a súa determinación, nin argumenta debidamente o mesmo. Considera que o prexuízo se deriva da simple non aceptación da terminación convencional xa que considera que elo se basea nunha arbitrariedade por parte da SUBDIC. Sobre elo debemos sinalar:

a) A Terminación Convencional é unha forma de finalizar un procedemento sancionador incoado por unha Autoridade de competencia pola infracción da lexislación de defensa da competencia e que pode solicitar o presunto infractor, debendo acompañar á mesma o ofrecemento duns compromisos que, a xuízo desa Autoridade de competencia, sexan suficientes para resolver “os efectos sobre a competencia derivados das condutas obxecto do expediente e quede garantido suficientemente o interese público.” Como sinala o TS na súa sentenza do 16 de novembro de 2018 (Rec. 2781/2016) “A Lei só permite que a proposta de acordo a formulen os particulares imputados co aliciente de impedir a sanción, sendo o da Administración evitar a incerteza e asegurarse a erradicación da conduta colusoria.”

Ao ser a TC unha forma de finalizar o expediente, ante a presentación da mesma por parte do interesado, a SUBDIC procedeu a iniciar o correspondente trámite de valoración dos compromisos ofrecidos. O que non pode considerarse é que esa aceptación na tramitación do expediente de TC que pon en marcha a SUBDIC ante a solicitude da mesma por SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN SL poida ser iso alegado agora por SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN SL como causa dun “prexuízo irreparable”, de tal maneira que iniciar a tramitación dunha TC poida ser causa dun prexuízo irreparable para a empresa que pide esa TC.

b) Tampouco pode ser considerado como prexuízo irreparable que a SUBDIC desestime de maneira argumentativa e de conformidade coas observacións formuladas pola CNMC, os compromisos presentados por SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN SL, por considerar que non cumpren adecuadamente os requisitos imprescindibles para poder ser admitidos de acordo co artigo 52 da LDC. Como se reiterou nesta Resolución, así coma noutras aprobadas pola CGC e o resto de Autoridades de competencia, non existe un dereito do solicitante de TC a que o expediente sancionador teña que finalizar obrigatoriamente coa aceptación dos compromisos presentados. Iso será posible se a SUBDIC, tendo en conta os criterios fixados na LDC, considera adecuados os compromisos ofertados para poñer fin aos efectos daniños da súa actuación no mercado tendo en conta o interese público.

Considerar que a negativa para aceptar eses compromisos constitúe un prexuízo irreparable a quen os presenta, supoñería recoñecer aos investigados nun expediente sancionador por infracción da normativa de competencia decidir cando as Autoridades de competencia poden exercer a potestade sancionadora que, por lei, teñen atribuída. Isto sería aceptar, como sinala a CNMC, que

“(…) o mecanismo de terminación convencional é un acto regrado que presupón a aceptación da solicitude da parte, cando isto non é así.”⁴

O propio Tribunal Supremo na súa sentenza do 16 de novembro de 2018 (recurso de casación núm. 2781/2016), dictou que

“(…) non compartimos (…) que o inicio das actuacións tendentes á terminación convencional dun expediente sancionador é un acto regrado (…) porque entendemos que corresponde á devandita autoridade administrativa valorar *ab initio* se concorren circunstancias obxectivas que xustifiquen a súa tramitación, posto que a utilización deste instituto procedemental non resulta viable cando pola natureza e entidade da infracción, ou pola irreversibilidade dos efectos sobre a competencia, derivados da conduta infractora, existen razóns de interese público que aconsellan a tramitación do expediente sancionador coa finalidade de depurar prácticas e condutas prohibidas polo Dereito da Competencia e esixir responsabilidade ao presunto infractor”.

Neste mesmo sentido pronunciáronse as sentenzas do TS do 5 de outubro de 2015 (recurso de casación núm. 3250/2012) e 24 de setembro de 2015 (recurso de casación núm. 725/2013).

Convén lembrar tamén a sentenza da Audiencia Nacional do 26 de xaneiro de 2016 (recurso 164/2013) que declara que:

“(…) A recorrente ten dereito a formular a solicitude e a que dita solicitude teña resposta por parte da Administración, tal e como neste caso acontecía, pero non teñen dereito a obrigar á Administración para incoar o expediente de terminación convencional, facultade legalmente reservada á Administración tendo en conta que o obxectivo deste expediente é satisfacer o interese xeral, que non o interese particular dos que presuntamente realizaron as prácticas prohibidas”.

c) Tampouco pode admitirse que se cause a SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN SL un prexuízo irreparable por non estimar as propostas de compromisos que noutro expediente foron aceptadas para poñer fin a un expediente sancionador. Considera o recorrente que deberían de aceptarse ao tratarse de situacións similares, pero non achega máis argumentacións e non pode estimarse que por ser ambos os expedientes incoados por unha infracción do art. 1 da LDC nun asunto de contratación administrativa, deben de ser válidos e suficientes os compromisos presentados nunha TC para resolver “os efectos sobre a competencia derivados das condutas obxecto do expediente e quede garantido suficientemente o interese público” doutra TC. Esa valoración deberá realizala, caso por caso, a SUBDIC tendo en conta tódalas circunstancias que aparecen no expediente incoado así como a gravidade do asunto, a eficacia que os compromisos presentados terían nese mercado e as observacións que sobre eses compromisos realizou a CNMC.

Por último sinalar que a desestimación por parte da SUBDIC das propostas definitivas de compromisos presentados non pon fin de maneira definitiva ao procedemento sancionador S-14/2021 LICITACIÓN ACCIÓNS FORMATIVAS DE EMPREGO A Coruña, que seguirá o seu curso sen que poida adiantarse neste momento cal será a súa resolución definitiva, polo que non cabe tampouco apreciarse, tampouco por esa razón, a existencia do requisito do prexuízo irreparable que esixe o artigo 47 da LDC.

Por tódolos argumentos expostos nos puntos anteriores, non existindo prexuízo irreparable para o recorrente e, por tanto, non reunindo os requisitos esixidos polo artigo 47 da LDC, este Pleno entende que o recurso examinado na presente resolución debe ser desestimado.

Na súa virtude, vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, o Pleno da Comisión Galega da Competencia

RESOLVEU

Desestimar o recurso presentado por SÉCULO XXI CONSULTORES DE FORMACIÓN SL contra o acordo de finalización da terminación convencional de data 23 de novembro de 2023 ditado pola Subdirección de Investigación (SUBDIR) da Comisión Galega da Competencia no expediente S-14/2021 LICITACIÓN ACCIÓNS FORMATIVAS DE EMPREGO A Coruña.

Comuníquese esta Resolución á Subdirección Xeral de Investigación da Comisión Galega da Competencia e notifíquese aos interesados, facéndolles saber que contra esta non cabe recurso algún en vía administrativa, podendo interpoñer recurso contencioso-administrativo no Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses a contar desde a súa notificación.