



Roj: **SAN 3134/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3134**

Id Cendoj: **28079230062022100387**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/06/2022**

Nº de Recurso: **22/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000022 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 263/2017

Demandante: don Cirilo

Procurador: DON DAVID GARCÍA RIQUELME

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de junio de dos mil veintidós.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **22/2017**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **don Cirilo**, representado por el procurador don David García Riquelme, contra la resolución de 10 de noviembre de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, expediente NUM000, por la que se le impuso una sanción por importe de 36.000 euros.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en fecha, en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que tras la exposición de los elementos de fácticos y la fundamentación jurídica solicitó se «[1º] *Anule la Resolución adoptada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 10 de noviembre de 2016 en el expediente administrativo NUM000 PROSEGUR-LOOMIS, por lo que se refiere, al menos, a Cirilo . 2º Subsidiariamente, para el caso de que la Sala a la que tengo el honor de dirigirme desestime los argumentos de nulidad de la Resolución, acuerde reducir la multa impuesta a Cirilo al mínimo legalmente previsto, por aplicación del principio de proporcionalidad, en los términos expuestos en el Fundamento Cuarto del presente escrito. [...]*».

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 6 de abril del año en curso, en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de 10 de noviembre de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, expediente NUM000 , por la que se le impuso al recurrente don Cirilo una sanción por importe de 36.000 euros.

La parte dispositiva de la resolución impugnada concretaba: « *[P]RIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , consistente en acuerdos y prácticas concertadas entre las empresas PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L., por una parte, y LOOMIS SPAIN, S.A., por otra, para el reparto del mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España.*

SEGUNDO. Declarar responsables de dicha infracción a las siguientes empresas y personas físicas: (...)

3. D. Cirilo , Director de Logística de Valores y Gestión de Efectivo en España y representante legal de PROSEGUR por apoderamiento.

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas: (...)

3. A D. Cirilo se le impone el pago de una sanción de 36.000 euros. [...] ».

SEGUNDO.- Como decimos la Sala de Competencia de la CNMC consideró acreditado que acreditado la existencia de una infracción única y continuada de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en acuerdos y prácticas concertadas entre las empresas PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L., por una parte, y LOOMIS SPAIN, S.A., por otra, para el reparto del mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España.

La correcta puesta en escena del recurso requiere que pongamos de manifiesto determinados extremos que se recogen en la resolución sancionadora que ese impugna.

1.- El 3 de noviembre de 2014, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) una denuncia anónima por la que se ponía en conocimiento de la CNMC lo ocurrido en dos concursos que habían sido convocados por el GRUPO CORREOS para la contratación del servicio de recogida, transporte y custodia de fondos, efectos de franqueo y filatélicos en edificios del GRUPO CORREOS. Habían recibido habían recibido ofertas de PROSEGUR ESPAÑA, S.L. y LOOMIS SPAIN, S.A. (LOOMIS) que podrían incurrir en prácticas anti colusorias.

2.- Se practicaron diligencias por la Dirección de Competencia y los días 10, 11 y 12 de febrero de 2015, fueron inspeccionadas las empresas PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR ESPAÑA, S.L. y de LOOMIS.

3.- El 2 de marzo de 2015, el inicio de una información reservada bajo la referencia S/DC/0555/15 y el 20 de abril se incoó el expediente sancionador durante el que se pidió, entre otras actuaciones, información a distintas entidades financieras, CAIXABANK, S.A. (CAIXABANK), BANCO DE SABADELL, S.A. (BANCO SABADELL), BANKIA, S.A. (BANKIA), BANCO SANTANDER, S.A. (BANCO SANTANDER), BANCO BILBAO



VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA), ABANCA CORPORACION BANCARIA, S.A. (ABANCA), BANCO MARE NOSTRUM, S.A. (BMN), LIBERBANK, S.A. (LIBERBANK), BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. (BANCO POPULAR), UNICAJA BANCO, S.A. (UNICAJA) e IBERCAJA BANCO, S.A. (IBERCAJA), en relación con los servicios que contratan con las empresas de transporte y manipulación de fondos. Los requerimientos de información se fueron dirigiendo a otras empresas.

4.- El 1 de marzo de 2016 se acordó la ampliación de la incoación del expediente sancionador de referencia contra don Cirilo vinculado a PROSEGUR a don Pedro Antonio de LOOMIS.

5.- El 14 de marzo de 2016, fue acordado el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), al que las empresas presentaron la solicitud convencional del procedimiento, que fue rechazada. Dictándose el 13 de junio de 2016, por el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución (PR) del procedimiento, que fue debidamente notificada a las partes.

6.- Rechazadas las alegaciones y la impugnación a la denegación de terminación convencional, y la remisión el 6 de octubre de 2016, a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1 /2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado, por la Sala de Competencia el 10 de noviembre de 2016 se deliberó y falló la resolución objeto del presente recurso.

TERCERO.- El escrito de demanda, tras una descripción de la forma en que se sucedieron los acontecimientos, considera que la resolución debe ser anulada y apoya su pretensión en diversos motivos. (I) En primer lugar, vulnera el principio de responsabilidad, puesto que no concurren en este caso las circunstancias personales necesarias para la aplicación del artículo 63.2 de la LDC, por no ser mi representado el «representante legal o persona integrante del órgano directivo» de PROSEGUR. (ii) En segundo término, dice que también se infringe el principio de tipicidad, puesto que, en todo caso, no concurriría el elemento objetivo del tipo consistente en «haber participado en los acuerdos y decisiones» que exige el artículo 63.2 de la LDC para hacer extensible a las personas físicas la sanción impuesta a la persona jurídica en la que desempeña sus funciones. Denuncia que se denegó y no se valoró la posible explicación alternativa. No se analizaron los problemas que conlleva la aplicación del Convenio colectivo y los costes que implica la necesaria subrogación de los trabajadores en los contratos adjudicados. La propia resolución reconoce que en las relaciones comerciales no tuvo lugar ninguna infracción. (iii) En tercer lugar, también se ha vulnerado el principio de culpabilidad, ya que no se ha acreditado que el recurrente hubiera jugado un papel clave en la eventual infracción de PROSEGUR. No se puso de manifiesto la concurrencia del dolo o culpa necesario para que el reproche sancionador cumpla con las exigencias a que queda sometida la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora. (iv) Por último, se pone en tela de juicio el principio de proporcionalidad sin que existan elementos de juicio que motiven y permitan conocer como fue aplicada la sanción.

El Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso reiterando argumentos de la resolución sancionadora.

CUARTO.- En síntesis, el escrito de demanda formula como principal pretensión la anulación de la sanción impugnada.

Debemos precisar que la razón de la imputación y sanción impuesta al recurrente lo fue por su condición de representante legal de PROSEGUR por apoderamiento de la entidad PROSEGUR.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los procedimientos sancionadores de que fueron objeto PROSEGUR y LOMIS ESPAÑA S.A. A los efectos que nos interesa en este recurso, la sentencia de fecha 20 de junio de 2022, dictada en el recurso 21/2017, ha acogido íntegramente la impugnación que las entidades PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L., de la que era representante que aquí recurre, dirigieron contra el acuerdo sancionador de 10 de noviembre de 2016, dictado por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, expediente NUM000 .

Decimos en el fundamento jurídico octavo de esta sentencia que « *[E]n definitiva, esta Sala concluye que la CNMC no ha acreditado que las conductas imputadas se hayan realizado en ejecución de un plan común y concertado o aprovechando idéntica ocasión que implica un vínculo de complementariedad entre las empresas imputadas, PROSEGUR y LOOMIS. Al contrario, esta Sala entiende que la CNMC ha justificado de forma voluntarista y artificiosa la existencia de ese plan concertado por cuanto se ha apoyado en expresiones llamativas recogidas en algunos correos electrónicos internos emitidos por empleados de las empresas. Sin embargo, no consta, la acreditación de un elemento de cohesión o de vínculo de complementariedad entre las actuaciones llevadas a cabo por las empresas imputadas para poder encuadrar esas conductas dentro de la consecución de un objetivo común del plan acordado por las empresas imputadas.*



Todo ello nos lleva a declarar la nulidad de la resolución impugnada en relación con la infracción imputada a la recurrente con la consiguiente estimación del presente recurso contencioso administrativo. [...]».

Sin necesidad de que debamos entrar en el análisis de los distintos motivos invocados en el escrito de demanda, podemos anticipar que el presente recurso debe ser íntegramente estimado ya que la anulación de la sanción que se le impuso a la empresa de que el recurrente era director, hace inviable que se mantenga la que le fue exigida a su directivo.

Esta última fue impuesta al amparo del artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio), « [A]demás de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en la conducta [...]», de manera que exonerada de su responsabilidad infractora a la persona jurídica no cabe mantener la de la persona física.

QUINTO.- Con lo hasta aquí dicho podemos dar por concluido el presente recurso, en la medida que conlleva su íntegra estimación, lo que hace innecesario que entremos a valorar del resto de los argumentos invocados en el escrito de demanda. La estimación de las pretensiones de la actora implica, tratándose de un acto administrativo sancionador de carácter general, su anulación parcial solo en la parte que afecta a quien aquí recurre.

SEXTO.- La estimación del recurso conlleva la imposición de costas a la Administración de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **don Cirilo**, contra la resolución de 10 de noviembre de 2016, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, expediente NUM000, por la que se le impuso una sanción por importe de 36.000 euros, y anulamos parcialmente el acuerdo sancionador en cuanto a la sanción que le fue impuesta al actor; condenando a la Administración a las costas causadas.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días debiendo acreditarse en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.