



Roj: **SAN 3135/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3135**

Id Cendoj: **28079230062022100388**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **23/06/2022**

Nº de Recurso: **581/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000581 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06565/2016

Demandante: D. Faustino

Procurador: D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintitrés de junio de dos mil veintidós.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **581/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y en representación de **D. Faustino**, contra la Resolución dictada en fecha 10 de noviembre de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente sancionador NUM000, PROSEGUR-LOOMIS, por la que se le impone la sanción de multa por importe de 16.600 euros por su participación como Director General Comercial y representante de la mercantil LOOMIS en la comisión de una infracción única y continuada consistente en la adopción de acuerdos y prácticas concertadas entre PROSEGUR y LOOMIS para el reparto del mercado de los servicios de transporte y manipulación de fondos en España. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de esta Sala que dicte sentencia por la que: "... declare nula la Resolución Impugnada en virtud de los siguientes motivos:

I. La Resolución Impugnada ha sido dictada en un expediente caducado al haberse notificado la suspensión de plazo que tuvo lugar el día 7 de octubre de 2016 y el posterior levantamiento de la suspensión en clara contravención de lo establecido en el artículo 57 de la LRJ-PAC (véase el Fundamento Jurídico Primero).

II. La Resolución Impugnada infringe los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE , al no haberse acreditado la participación del Sr. Faustino en una infracción única y continuada consistente en un supuesto reparto de mercado o cártel. Junto con la ausencia de acreditación de infracción, también se ha quebrantado la jurisprudencia existente sobre ausencia de motivación y la importancia de las explicaciones alternativas y plausibles, y se han obviado los requisitos legales para establecer la existencia de una infracción única y continuada. Estos hechos han llevado, asimismo, a la vulneración del principio de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española (véase el Fundamento Jurídico Segundo).

III. La Resolución Impugnada infringe el artículo 63.2 de la LDC , al haberse impuesto una multa a título individual al Sr. Faustino sin que se haya acreditado su participación destacada en la supuesta conducta infractora, en clara vulneración del tenor literal del citado precepto, de los precedentes en los que la CNMC ha impuesto multas a directivos y, lo que resulta aún más grave, vulnerando el principio de culpabilidad establecido en el artículo 130 de la LRJ-PAC .

IV. Subsidiariamente, para el supuesto hipotético de que se confirmase la existencia de una infracción, la multa impuesta al Sr. Faustino no ha sido, en cualquier caso, debidamente motivada, requisito que se establece en el artículo 54 de la LRJ-PAC y artículo 24 de la Constitución ; y es, además, manifiestamente desproporcionada, infringiendo el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 131 LRJ-PAC y artículo 9 de la Constitución Española . En consecuencia, debiera declararse la ilegalidad de la sanción en su integridad anulándose en su totalidad la multa impuesta o, en segundo grado de subsidiaridad, reducirse su importe como mínimo a la mitad de la cuantía de la multa impuesta, es decir, a 8.300 euros, atendiendo a los errores en los que ha incurrido la Resolución Impugnada relativos a la duración de la participación en la conducta, el nivel jerárquico del puesto ocupado por el Sr. Faustino y a la manifiesta desproporción de su cuantía, tal y como expone en mayor detalle en el apartado III del Fundamento Jurídico Cuarto".

SEGUNDO. El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO. Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 30 de marzo de 2022.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso administrativo la parte actora, D. Faustino , impugna la resolución dictada en fecha 10 de noviembre de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente NUM000 PROSEGUR-LOOMIS, por la que se le impone una sanción de multa por importe de 16.600 euros por su participación en el diseño e implementación de acuerdos y prácticas concertadas llevadas a cabo entre PROSEGUR y LOOMIS en su condición de Director General Comercial y representante legal de LOOMIS. Acuerdos consistentes en el reparto del mercado de los servicios del transporte y manipulación de fondos, entre los años 2008 a 2015.

La CNMC consideró, en la resolución impugnada, que PROSEGUR y LOOMIS habían llevado a cabo actuaciones concertadas colusorias para el reparto del mercado analizado atendiendo a los siguientes elementos indiciarios: (i) no habían participado en algunas licitaciones públicas convocadas por entidades concesionarias de servicios públicos (METRO DE MADRID, TMB, RENFE OPERADORA, AENA y EUSKOTREN) para respetarse mutuamente el servicio que cada una ya prestaba o, si han participado, lo hicieron fijando el precio máximo; (ii) en relación con las entidades financieras, que en el periodo analizado se vieron afectadas por un proceso de reestructuración bancaria, la CNMC entiende que las entidades sancionadas se habían respetado también el mercado que cada una de ellas tenía con anterioridad a la citada reestructuración (en este sentido, se analizan las relaciones comerciales con CAIXABANK, ABANCA, BANCO SANTANDER, BANCO



POPULAR y BBVA); y (iii) se han respetado también los clientes dedicados a la distribución comercial minorista (tales como, MERCADONA, ALDI, LIDL, WERKHAUS, TUY RHEINLAND IBERICA, MIQUEL ALIMENTACIÓ y EL CORTE INGLES) porque mantuvieron, durante un periodo de tiempo considerable, las mismas cuotas de participación acudiendo, incluso, con frecuencia a la figura de la subcontratación.

Conductas que la CNMC calificó como infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007 en relación con el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE. Asimismo, la CNMC ha sancionado, junto a las empresas, a los representantes legales de las mismas en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la LDC porque, en este caso, D. Faustino, como Director General Comercial y representante legal de la empresa LOOMIS había tenido un papel clave en los acuerdos y prácticas concertadas por su autonomía, facultades de decisión y control así como poderes de representación de la empresa habiendo, además, participado de manera voluntaria y con plena libertad y autonomía.

SEGUNDO. Centrado el objeto de debate es esencial en este caso destacar que esta misma Sección en la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 550/2016 ha estimado el recurso interpuesto por la mercantil LOOMIS porque, frente al criterio mantenido por la CNMC, hemos concluido que no son prueba de cargo suficiente los elementos indiciarios antes mencionados para poder calificar las conductas de LOOMIS y PROSEGUR como de acuerdos y prácticas concertadas para el reparto del mercado de los servicios de transporte y manipulación de fondos. Y ello porque frente al comportamiento indiciario de práctica concertada, la mercantil recurrente había referido y justificado la existencia de explicaciones alternativas razonables debido a las peculiaridades de la estructura del mercado del producto de los servicios de transporte y manipulación de fondos, así como a la estricta regulación del mercado en cuanto que impone importantes barreras a la entrada y barreras para la prestación del servicio lo que implicaba una explicación alternativa razonable del comportamiento de las empresas que la CNMC había calificado como indiciario de prácticas concertadas entre PROSEGUR y LOOMIS para el reparto del mercado. Explicaciones alternativas ofrecidas por la mercantil LOOMIS que llevaron a este Tribunal a concluir que no hubo prácticas concertadas.

Y, la estimación del recurso interpuesto por la empresa LOOMIS con la consiguiente nulidad de la sanción impuesta porque no se ha apreciado por esta Sala que la empresa, junto con la empresa PROSEGUR, haya adoptado acuerdos colusorios prohibidos en el artículo 1 de la LDC, conduce lógicamente a la estimación del presente recurso interpuesto por D. Faustino contra la misma resolución que le había sancionado al amparo del artículo 63.2 de la Ley 15/2007 como representante de la citada empresa, LOOMIS.

TERCERO. La estimación del presente recurso conlleva que se impongan a la Administración demandada las costas procesales en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº **581/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y en representación de **D. Faustino**, contra la Resolución dictada en fecha 10 de noviembre de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente sancionador NUM000, PROSEGUR-LOOMIS, por la que se le impuso la sanción de multa por importe de 16.600 euros por su participación como Director General Comercial y representante de la mercantil LOOMIS en la comisión de una infracción única y continuada consistente en acuerdos y prácticas concertadas para el reparto del mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España entre PROSEGUR y LOOMIS. En consecuencia, acordamos la nulidad de dicha resolución en lo que afecta a la recurrente por ser contraria al ordenamiento jurídico.

Se imponen a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.