



Roj: **SAN 3137/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3137**

Id Cendoj: **28079230062022100389**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **23/06/2022**

Nº de Recurso: **550/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000550 /2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 28079/2016

**Demandante:** LOOMIS SPAIN, S.A. ("LOOMIS")

**Procurador:** DON ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. 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. **550/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales Don Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y en representación de la mercantil **LOOMIS SPAIN, S.A. ("LOOMIS")**, 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, mediante la cual, se le impuso una sanción por importe de 7.028.640 euros por la comisión de una infracción única y continuada por la realización de prácticas concertadas para el reparto del mercado de 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 Segundo).*

**II.** La Resolución Impugnada infringe los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, al no

*haberse acreditado la participación de Loomis 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 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 .*

**III.** La Resolución no ha acreditado que la conducta de Loomis despliegue efectos restrictivos sobre la competencia en el mercado de prestación de servicios de transporte y manipulación de fondos.

**IV.** Subsidiariamente, para el supuesto hipotético de que se confirmase la existencia de una infracción, la multa impuesta a Loomis 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 , sin que se hayan valorado adecuadamente los criterios de graduación de la sanción que se establecen en el artículo 64.1 de la LDC ; y además es 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 multa impuesta, i.e. a 3.514.320 euros, atendiendo a la ausencia de efectos intracomunitarios que permitan aplicar el artículo 101 TFUE , la arbitrariedad expuesta al realizarse un ajuste al alza en el cálculo de la multa y la manifiesta desproporción de la cuantía de la multa impuesta, que debería haberse limitado a los años 2011 a 2015, por los motivos que se exponen en el apartado III del Fundamento Jurídico Cuarto. ...".

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia por la que se 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. M<sup>a</sup> Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente recurso contencioso administrativo la entidad actora, LOOMIS SPAIN, S.A 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 cual se le impuso una sanción de multa por importe de 7.028.640 euros por su participación en la comisión de una infracción única y continuada consistente en la adopción de acuerdos y realización de prácticas concertadas con la empresa PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L., para repartirse el mercado de transporte y manipulación de fondos en España, entre los años 2008 y hasta, al menos, el año 2015.

La CNMC considera que PROSEGUR y LOOMIS han llevado a cabo actuaciones concertadas colusorias para el reparto del mercado analizado atendiendo a los siguientes elementos: (i) no han 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 han hecho 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 han 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 los



clientes dedicados a la distribución comercial minorista (tales como, MERCADONA, ALDI, LIDL, WERKHAUS, TUY RHEINLAND IBERICA, MIQUEL ALIMENTACIÓ y EL CORTE INGLES) porque mantienen, durante un periodo de tiempo considerable, las mismas cuotas de participación acudiendo, incluso, con frecuencia a la figura de la subcontratación.

Conductas que se han calificado 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.

**SEGUNDO.-** La CNMC en la resolución impugnada destaca que el mercado del producto afectado por las conductas ahora sancionadas son los servicios de transporte y manipulación de fondos en España que se enmarcan en el sector de la seguridad privada. Servicios de transporte y manipulación de objetos y materiales que, por sus características, precisan de una vigilancia y protección especial, entre los que se encuentra el depósito y clasificación de monedas, billetes, títulos valores, joyas, metales preciosos, antigüedades y obras de arte.

Mercado que, como la propia CNMC reconoce, está sujeta a regulaciones muy específicas que, como luego veremos, puede tener influencia en la calificación de las conductas colusorias imputadas. Actividad que se regula en la Ley 5/2004, de 4 de abril, de Seguridad Privada; en el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada y en la Orden INT/314/2011, de 1 de febrero, sobre empresas de seguridad privada. Asimismo, dada la naturaleza de los objetos afectados por el transporte, la normativa aplicable no permite que el servicio pueda prestarse por cualquier empresa, sino que exige que las entidades que prestan estos servicios sean empresas de seguridad privadas autorizadas para tal actividad (artículo 1.1 de la Orden INT/317/2011/ de 18 de febrero, sobre medidas de seguridad privada).

Asimismo, la CNMC admite que el mercado de producto afectado por este expediente sancionador está altamente concentrado, en el que solo dos empresas, PROSEGUR y LOOMIS ahora sancionadas, cuentan con capacidad para la prestación de servicio a nivel nacional peninsular y ello, según la CNMC, ha permitido que ambas empresas hayan podido realizar prácticas concertadas para controlar el citado mercado.

La CNMC destaca que la demanda del mercado de transporte y manipulación de fondos en España proviene, principalmente, de las entidades financieras y de las grandes empresas de distribución comercial minorista, así como de los gestores de concesiones públicas o de los organismos de titularidad pública con necesidades de desplazamiento de efectivo y títulos-valor.

**TERCERO.-** En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente se solicita la nulidad de la resolución sancionadora, oponiendo frente a la misma los siguientes motivos de impugnación:

1º- Caducidad del expediente sancionador.

2º- La Orden de Investigación y la inspección realizada en la sede de LOOMIS durante los días 11 y 12 de febrero de 2015 fueron desproporcionada y vulneraron su derecho de defensa, establecido en el artículo 24 de la Constitución Española, al establecerse un objeto de inspección excesivamente amplio y general.

3º- La resolución impugnada no ha acreditado la participación de LOOMIS en un reparto de mercado de transporte y manipulación de fondos en España, desde 2008 hasta, al menos, el año 2015.

4º- La resolución impugnada no ha acreditado la existencia de una infracción única y continuada.

5º- La resolución impugnada no ha acreditado que la conducta de LOOMIS haya tenido efectos anticompetitivos.

6º- Subsidiariamente, el cálculo de la cuantía de la multa impuesta no ha sido debidamente motivado y, además, la multa es completamente desproporcionada.

El Abogado del Estado se opone a la demanda interesando su desestimación haciendo suyos los razonamientos recogidos en la resolución dictada por la CNMC.

**CUARTO.** - Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación opuestos por la parte recurrente, comenzando por la denuncia la caducidad del expediente sancionador.

Para fundamentar este motivo, recuerda la demandante que, acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36.1 de la LDC, el Consejo de la CNMC cuenta con un plazo máximo de 18 meses para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, a partir de la fecha del acuerdo de incoación del expediente y que dicho plazo máximo puede suspenderse, de forma motivada, en los casos tasados establecidos en el artículo 37 de la LDC.



Dicho lo anterior refiere que en el presente caso, el expediente sancionador de referencia fue incoado el día 20 de abril de 2015, por lo que el plazo máximo inicial para dictar y notificar la resolución que pusiera fin al mismo debiera haber concluido el día 20 de octubre de 2016; que el día 11 de octubre de 2016, el Consejo de la CNMC notificó a Loomis la suspensión de dicho plazo máximo, con efectos retroactivos al día 7 de octubre de 2016 con la finalidad de informar a la Comisión Europea sobre la propuesta de resolución, según lo establecido en el artículo 37.2.c) de la LDC y que la mencionada notificación establecía que el levantamiento de la suspensión se entendería realizada en el momento en que la Comisión Europea diera respuesta a la comunicación o, en todo caso, cuando hubiera transcurrido el plazo de 30 días naturales, en virtud del artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 pero que, sin embargo, la CNMC no comunicó a Loomis el levantamiento de la suspensión hasta el día 10 de noviembre de 2016, es decir, tres días después de haber terminado el plazo de 30 días naturales, señalando, además, que el levantamiento de la suspensión debía entenderse realizado al día 7 de noviembre de 2016.

Añade que la suspensión del plazo para resolver ni siquiera tuvo que haberse producido por no existir causa motivada para ello porque la conducta imputada a Loomis no habría afectado al comercio intracomunitario y, por tanto, no sería de aplicación el artículo 101 TFUE, remitiéndose al contenido del voto particular formulado por el consejero D. Miguel .

Denuncia que la notificación a LOOMIS del acuerdo de suspensión (el día 11 de octubre de 2016), con efectos retroactivos al día 7 de octubre de 2016, así como la notificación del posterior acuerdo de levantamiento de la suspensión (10 de noviembre de 2016), con efectos retroactivos al día 7 de noviembre de 2016, contravienen lo establecido en el 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ("LRJPAC") que dispone que los efectos de un acto administrativo deben producirse desde la fecha en la que se dicten , y sólo puede retrotraerse a en los dos supuestos concretos que recoge el citado precepto y que no concurren en el presente caso.

Y termina concluyendo que la resolución del Expediente debiera haberse producido, en todo caso, el día 20 de octubre de 201, a saber, 18 meses después de haberse incoado el Expediente, sin que sea posible tener en cuenta la suspensión del plazo por remisión de la propuesta de resolución a la Comisión Europea. Sin embargo, la Resolución no fue dictada hasta el 10 de noviembre e incluso no fue comunicada a Loomis hasta el día 16 de noviembre, 18 meses después de incoarse el expediente y que, en consecuencia, debe declararse la caducidad del Expediente y, por lo tanto, la nulidad de la Resolución Impugnada.

Pues bien, examinados los datos que obran en el expediente administrativo podemos ya anticipar que no apreciamos caducidad en el expediente sancionador por las razones que pasamos a exponer: El día 20 de abril del 2015 acuerda Incoar Expediente Sancionador contra Prosegur-Loomis "en relación con la prestación y contratación de servicios en el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España". En consecuencia, el plazo de 18 meses establecido en el artículo 36.1 de la LDC finaliza el 20 de octubre del 2016. El día 7 de octubre se acordó remitir a la Comisión Europea la información prevista en el Artículo 11.4 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre del 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los Artículos 101 y 102 del Tratado, con lo que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución del expediente quedó suspendido desde la fecha de la notificación efectiva a la Comisión 7 de Octubre de 2016 y hasta que esta Institución diera respuesta a la Información remitida o una vez transcurrido el plazo de 30 días , de acuerdo con el Artículo 11.4 del reglamento (CE) 1/2003). En consecuencia, el plazo terminó el día 20 de noviembre del 2016. El 11 de noviembre del 2016 se notifica a todas las partes interesadas "el levantamiento de la suspensión" con las consecuencias inherentes ex Artículo 57.1 y 3 de la Ley 30/1992. El 10 de noviembre del 2016 se dictó la resolución y fue notificada el 16 de noviembre.

Así las cosas, debemos concluir que la resolución aquí recurrida está dictada y notificada en plazo, resultandos intrascendentes, a los efectos pretendidos por la demandante, las alegaciones relativas a la retroactividad de las notificaciones de los acuerdos que acuerdan y levantan la suspensión.

Por lo demás, cumple recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 11.4 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre del 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los Artículos 101 y 102 del Tratado, a cuyo tenor: "*A más tardar 30 días antes de la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades competentes de los Estados miembros informarán de ello a la Comisión. A tal efecto, le proporcionarán una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión prevista o, en ausencia de ésta, cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta. Esta información podrá ponerse también a disposición de las autoridades de competencia de los demás Estados miembros. A instancias de la Comisión, la autoridad de competencia encargada del asunto deberá poner a disposición de la Comisión otros documentos que se hallen en su poder y que sean necesarios para evaluar el asunto. La información facilitada a la Comisión podrá ponerse a disposición de las autoridades*

de competencia de los demás Estados miembros. Las autoridades nacionales de competencia podrán asimismo intercambiarse la información necesaria para evaluar el asunto que estén instruyendo al amparo de los artículos 81 u 82 del Tratado".

Así las cosas, en contra de lo sostenido por la recurrente, la remisión a la Comisión Europea la información prevista en el citado precepto es causa justificada para la suspensión del plazo para la resolución del procedimiento sancionador

**QUINTO.** - De nuncia la recurrente que la Inspección que la Orden de Investigación y la inspección realizada en la sede de LOOMIS durante los días 11 y 12 de febrero de 2015 fueron desproporcionadas y vulneraron su derecho de defensa, establecido en el artículo 24 de la Constitución Española, al establecerse un objeto de inspección excesivamente amplio y general.

Por cuanto se refiere a la ilegalidad de la Orden de Investigación por el carácter excesivamente amplio y genérico de su objeto debemos recordar que el ejercicio de las facultades de Inspección está condicionado a que exista una orden de investigación que indique conforme al artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008 "el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma.

En similares términos el artículo 20.4 del Reglamento 1/2003 señala lo siguiente: " 4. Las empresas y asociaciones de empresas estarán obligadas a someterse a las inspecciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. La decisión indicará el objeto y la finalidad de la inspección, fijará la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en el artículo 23 y en el artículo 24, así como al derecho a recurrir contra la decisión ante el Tribunal de Justicia".

La Jurisprudencia comunitaria ha precisado los elementos que debe contener la orden de investigación y ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados "objeto y finalidad de Inspección" que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007 France Télécom España asunto T- 339/04 señala lo siguiente:

"- 58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48).

- 59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79, Rec. pg. 2033, apartado 26, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 81, 83 y 99).

- 60. Para demostrar el carácter justificado de la inspección, la Comisión está obligada a poner de manifiesto de modo detallado, en la decisión que ordena la inspección, que dispone de elementos e indicios materiales importantes que le llevan a sospechar de la existencia de una infracción cometida por la empresa objeto de inspección (véase, en relación con el Reglamento núm. 17 la sentencia Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartados 55, 61 y 99)".

De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.



No debe olvidarse que la finalidad de la inspección es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente caso, la Orden de investigación cumple con las exigencias mencionadas y ello puede comprobarse haciendo una lectura en paralelo de la Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2014, asunto T-272/12, apartados 66 a 82, especialmente el 75. Esta sentencia precisa la información que debe transmitirse al sujeto inspeccionado para que la Inspección deba reputarse como válida y éste comprenda el alcance de su deber de colaboración.

En efecto, en la Orden de Investigación constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento.

En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (es verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que por su naturaleza pudiera contribuir a la distorsión de la competencia en el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica. Además, se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial de las empresas investigadas, cualquiera que sea su soporte material), y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales). Se procedió de forma inmediata a realizar la inspección el 11 y 12 de febrero de 2015.

La descripción de los documentos a los que solicita el acceso está redactada con una fórmula ciertamente amplia, pero inmediatamente matizada cuando indica que se refiere al contexto objeto de investigación, por lo que la estimamos correcta.

Desde un punto de vista material se define un mercado de producto concreto como es el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España, sin que pueda admitirse que existe incorrección e indefinición en la orden de investigación en su determinación. No es cierto que la concreción de la orden de investigación ocasione indefensión a la recurrente; por el contrario, en la orden de investigación queda claramente concretado el mercado del producto investigado y ello permite conocer cuál era la finalidad de la investigación. Por tanto, la orden de investigación describe correctamente el mercado afectado por la inspección y no incurre en generalidades que puedan ocasionar indefensión por cuanto las definiciones son precisas y suficientes.

Asimismo, se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, consistentes en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que por su naturaleza pudiera contribuir a la distorsión de la competencia en el mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación, en el que la razón de ser de la orden de entrada es justamente recabar pruebas al respecto.

Del examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que debían ser verificados.

Para terminar, cumple manifestar que la Administración no está obligada en esa fase a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la Inspección. Como señala la sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2010 asunto T-448/05 caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG apartado 336 *"el reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por*



*la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/ Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)".*

Por lo expuesto, entendemos que la CNMC cumplió con la obligación de motivación exigida y que no se produjo la vulneración del derecho de defensa que la recurrente vincula al carácter genérico de la orden inspección y a la insuficiente determinación de su justificación, fundamento y alcance.

**SEXTO.** - Siguiendo con el examen de los motivos de impugnación, opone la recurrente que la resolución impugnada no ha acreditado la participación de LOOMIS en un reparto de mercado de transporte y manipulación de fondos en España, desde 2008 hasta, al menos, el año 2015. Afirma que la CNMC ha construido una versión alternativa de los hechos investigados a partir de una interpretación tendenciosa de los documentos incorporados al Expediente, a pesar de haber sido ésta rebatida por la Compañía, aportando explicaciones alternativas y pruebas concluyentes para cada uno de los hechos supuestamente acreditados. A estos efectos reitera que:

(i) no ha existido una "práctica habitual" de "coordinación de ofertas entre Loomis y Prosegur" ya que en la resolución sancionador se hace referencia a un número limitado del conjunto de clientes a los que Loomis viene prestando sus servicios en los procedimientos de licitación.

(ii) Por lo que se refiere al Grupo Correos, que al acercarse la finalización del contrato de prestación de servicios al que dio lugar el Expediente nº NUM001, el Subdirector de Gestión Financiera del Grupo Correos, D. Luis Pablo, se dirigió a la Dirección Comercial de Loomis mediante correo electrónico de 13 de junio de 2016, solicitando prorrogar el servicio de transporte de fondos durante un año más "con las condiciones técnicas y económicas suscritas en el expediente". Que esta solicitud se produjo en un contexto en el que Grupo Correos podría haber hipotéticamente aprovechado un mayor poder de negociación al haberse inspeccionado a Loomis y estar avanzado el expediente sancionador contra la Compañía y que, sin embargo, Grupo Correos no consideró necesario renegociar las condiciones de prestación del servicio, sino que procedió a su prórroga.

(iii) Que en relación con el cliente Renfe Operadora, la DC consideraba acreditado que Loomis y Prosegur habrían preservado la cuota de servicios en dicho cliente mediante la presentación de ofertas de licitación a distintos lotes pero que, sin embargo, como Loomis ya explicó en sus escritos de alegaciones al PCH y a la Propuesta de Resolución, en la conversación mantenida con Renfe Operadora ésta comunicó a Loomis que tanto ella como Prosegur habían presentado ofertas a los mismos lotes y que, para corroborar esta afirmación, Loomis solicitó prueba testifical, resultando inadmitida la misma.

(iv) Que la Resolución Impugnada no ha acreditado la participación de Loomis en una conducta bilateral consistente en un reparto de mercado con Prosegur relacionado con el proceso de reestructuración bancaria. A estos efectos vuelve a explicar que la Resolución impugnada acude a los correos electrónicos recabados en las inspecciones realizadas en Loomis y en Prosegur en relación con dos entidades bancarias (Novagalicia y Caixabank) para concluir que existe una tipología de acuerdo o práctica concertada distinta con motivo del proceso de reestructuración bancaria acontecido en España, pero que no es posible realizar extrapolaciones tan genéricas cuando el proceso de reestructuración bancaria en España ha afectado a un gran número de entidades financieras (por no decir todas) y no existe, sin embargo, referencia alguna en el Expediente a otras supuestas conductas anticompetitivas similares. Refiere que el Expediente contiene información de 11 entidades financieras a las que Loomis y/o Prosegur prestan sus servicios, mientras que la Resolución Impugnada sólo hace referencia a Caixabank. Añade que tampoco es cierto, que "con carácter previo", haya coordinado con Prosegur la adjudicación de los servicios prestados a Novagalicia y a Caixabank, sino que ha sido manifiestamente el propio cliente el que solicitó a ambas entidades una propuesta de colaboración y que, en este sentido, todos los correos electrónicos que se mencionan en el Expediente se limitan a constatar este hecho, al tratarse de conversaciones entre, o bien el cliente y Loomis, o bien el cliente y Prosegur y que no se ha tenido en cuenta la información aportada por dichas entidades en las contestaciones a los requerimientos de información realizados por la DC durante el Expediente, ni tampoco se ha aceptado la prueba testifical solicitada por Loomis en su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución, lo que habría permitido confirmar sus alegaciones. Añade que, al tratarse de una propuesta de colaboración a iniciativa del propio cliente, la colaboración entre Loomis y Prosegur, lejos de ser parte de una supuesta conducta anticompetitiva, le habría permitido obtener una serie de beneficios principalmente relativos a ahorro de costes organizativos, como es la mejora en la organización del reparto de oficinas, eficiencias a la hora de poder planear mejores rutas para la entrega o recogida de fondos y, en definitiva, beneficios que repercutirían en última instancia en un mejor servicio para los clientes de las entidades financieras; que el supuesto acuerdo entre Loomis y Prosegur no habría impuesto restricciones que no fueran indispensables ni habría derivado en la eliminación de competencia en el mercado y que, por el contrario, el resultado del mismo habría sido diseñar un plan de colaboración siguiendo exclusivamente las especificaciones del cliente, dado su poder negociador y, en cualquier caso, con su conformidad, y que, en todo caso, la propuesta de colaboración de Novagalicia o



Caixabank no se ha traducido en un beneficio económico para Loomis que haya impedido o mitigado las consecuencias negativas del proceso de reestructuración bancaria en su actividad ya que lo que realmente ha acontecido es realmente una reducción del volumen de facturación contratado y, además, una mejora de las tarifas aplicadas a las entidades financieras. A estos efectos se adjunta como ANEXO 3 de la demanda, el documento ya aportado por Loomis durante las alegaciones a la Propuesta de Resolución<sup>35</sup> y que explica el contexto y repercusiones que tuvo para Loomis el proceso de reestructuración bancaria.

Por cuanto se refiere a la preservación de la cuota de servicios con respecto a determinados clientes, insiste la recurrente en que, además de la muestra sesgada de clientes mencionados en la Resolución Impugnada, no es posible inferir la existencia de un reparto de mercado de la mera estabilidad en la cuota de servicios de ciertos clientes y que dicha estabilidad de las cuotas de servicio en algunos clientes tiene otra explicación lógica distinta de la existencia de una conducta anticompetitiva y que se encuentra tanto en las particularidades de la relación contractual con determinados clientes como en las características intrínsecas del propio mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos, que incentiva una tendencia hacia la estabilidad en el mismo.

Así, por lo que se refiere a Mercadona explica que las propias condiciones contractuales pactadas con Mercadona, tanto por Loomis como por Prosegur (unilateralmente) cuando se producía la apertura de un nuevo establecimiento, suponen un compromiso por parte de Mercadona de adjudicar a Loomis al menos un 75% de dichas aperturas y un 25% a Prosegur y que la propia Mercadona manifestó a la DC en su contestación a la solicitud de información realizada que, con dicha estrategia negociadora, le había permitido unos ahorros de hasta un 10% en servicios de transporte y manipulación de fondos, por lo que, en lugar de un perjuicio existía un claro beneficio económico para el propio cliente.

Sobre el supuesto uso fraudulento de la subcontratación, se reitera que Loomis sólo subcontrata los servicios de Prosegur o de otros operadores de carácter regional en ocasiones puntuales y que ello se refleja en la escasa importancia que tiene la subcontratación sobre el total de volumen de negocios facturado, representando sólo un 1% de su volumen de negocios facturado desde 2008 hasta 2015 (periodo temporal en el que se habría producido la supuesta conducta anticompetitiva y que además, del volumen de negocios subcontratado, la gran mayoría se corresponde a los servicios subcontratados en las Islas Baleares y Canarias, donde es manifiesto que Loomis no tiene una delegación propia. Precisa que el único caso relativo a la subcontratación de los servicios de Prosegur por parte de Loomis que se recoge en la resolución sancionadora se refiere al transporte y manipulación de fondos del Corte Inglés y explica que Loomis resultó adjudicatario a nivel nacional de los servicios de transporte y manipulación de fondos que requería El Corte Inglés y que al no tener una delegación en las Islas Canarias, se vio lógicamente obligado a subcontratar los servicios de otro operador, en este caso Prosegur y que, además, fue el propio cliente quien solicitó la subcontratación de Prosegur como segundo proveedor, tal y como se explica en el ANEXO 1 aportado con el de demanda.

Respecto de los supuestos en los que la Resolución Impugnada considera acreditada una supuesta práctica anticompetitiva con motivo de la subcontratación de servicios a Loomis por parte de Prosegur, refiere que la subcontratación está prevista legalmente por la normativa sectorial y que limitar la subcontratación supondría eliminar la competencia efectiva que existe en un mercado ya concentrado en dos operadores nacionales puesto que Prosegur es la única empresa en España que tiene capacidad suficiente para prestar sus servicios en todo el territorio nacional. Añade que la fórmula de la subcontratación permite competir en igualdad de condiciones por licitaciones de cobertura nacional que ofrecen los clientes de mayor tamaño y con ello, garantizarles un servicio de transporte y manipulación de fondos fiable e incluso de mayor calidad. Explica que, tratándose, como es el caso, de un servicio declarado como esencial y como "infraestructura crítica", la apertura de una delegación en una determinada provincia no implica que, de forma inmediata, se pueda eliminar la subcontratación contratada hasta entonces y comenzar a prestar servicios desde la nueva delegación sin que ello tenga un impacto negativo en los servicios que se ofrecen a los clientes y que, por ello, deben recurrir a la subcontratación hasta que la nueva delegación no se haya consolidado y haya seguridad de que se pueden prestar los servicios requeridos por el cliente con todas las garantías (cajeros, tecnologías, etc.). Añade que otra circunstancia a valorar para poder evaluar si la subcontratación está justificada es el hecho de sólo se realiza cuando el cliente da su permiso y autorización expresa, no resultando posible subcontratar un servicio sin el conocimiento del cliente y mucho menos con su oposición, y que en la mayoría de las ocasiones, la subcontratación es la opción preferida de los clientes, puesto que prefieren obtener un servicio de calidad, que sea subcontratado, en vez de un servicio deficitario que sea prestado por un único operador.

Niega que exista un solo documento que acredite el intercambio de información estratégica y que se ha demostrado que son los propios clientes los que facilitan a LOOMIS (y a Prosegur) las tarifas aplicadas por su competidor, como es también habitual en otros Sectores y que la propia denunciante, Grupo Correos, ha facilitado a LOOMIS las tarifas de Prosegur con motivo de próxima convocatoria de una licitación, como se



acredita en el correo electrónico remitido por Grupo Correos a LOOMIS el día 17 de enero de 2017 (Anexos I y IV de la demanda).

Por lo demás, se argumenta en la demanda la nula importancia que concede la Resolución Impugnada a la obligación legal de subrogación de personal de tripulaciones que estuvieran prestando servicio al cliente cuando se adjudica un nuevo contrato sobre el impacto de la subrogación en los contratos analizados en el Expediente, exigiendo a una prueba imposible o probatio diabólica al haberle reprochado no haber dado datos concretos sobre el impacto económico de la subrogación legal

Explica la recurrente que cuando Loomis prepara una oferta económica para un proceso de licitación convocado por un cliente, no sólo debe tener en cuenta sus propios costes sino también los que impone el Convenio Colectivo del sector vigente en cada momento, entre los que destaca dicha obligación de subrogación de personal y que por ello, los costes de subrogación son un elemento esencial a tener en cuenta por todo prestador de servicios de transporte y manipulación de fondos a la hora de valorar si una determinada licitación puede resultar rentable o no.

Cuestiona, además, que la Resolución Impugnada haya reprochado a Loomis no haber dado datos concretos sobre el impacto económico de la subrogación legal ya que, no siendo posible calcular dicho coste de subrogación antes de la adjudicación del servicio, entiende la recurrente que lo máximo que se le puede exigir es intentar cuantificar, según su experiencia, el impacto económico posible resultante de la subrogación de una tripulación de un furgón de transporte de fondos, tal y como hizo en el Expediente, lo que puede conllevar un coste adicional no insignificante para la empresa adjudicataria de entre 150.000 y 300.000 euros.

Se detiene la recurrente en explicar la subrogación legal en relación con los contratos de Grupo Correos y de Metro de Madrid, y así, por lo que se refiere al primero, señala que existen varias explicaciones de carácter económico que justifican por qué Loomis se presentó sólo a parte de los lotes del concurso de este cliente, entre las que no puede obviarse la obligación de subrogación legal. Señala que, con anterioridad a dicha licitación, Grupo Correos hizo una contratación mediante un procedimiento extraordinario, con una duración de tan solo tres meses transcurridos los cuales, se procedería a una adjudicación por provincias en múltiples lotes y que, en este contexto, si las nuevas zonas que podían adjudicarse en la contratación extraordinaria no eran renovadas en la adjudicación definitiva por concurso, no cabría subrogación legal a la empresa finalmente adjudicataria por no haber transcurrido siete meses, como se establece legalmente, por lo que Loomis tendría que asumir en ese caso elevados costes de despido al adjudicarse el servicio en determinadas zonas por tan solo tres meses.

Respecto de Metro de Madrid, se expone por la recurrente que la Resolución Impugnada confunde los argumentos expuestos en su contestación al PCH5 y a la Propuesta de Resolución, donde se hace referencia a la incompatibilidad de los servicios que requería este cliente con la "jornada diaria garantizada" y no a los costes de la subrogación laboral. Que Loomis expuso que uno de los motivos que le llevaron a no presentarse al concurso organizado por Metro de Madrid fue que este cliente dejó de planificar regularmente los servicios a realizar en cada estación, dejando un escaso margen de 4 horas y media para solicitar los servicios de Loomis y que sistema perjudicaba gravemente la posibilidad de planificación de los servicios, sin que existiera una pauta clara de los recursos que se iban a tener que dedicar a este cliente y, además, era una exigencia que se hacía incompatible con las condiciones laborales de los trabajadores establecidas por los convenios colectivos de transporte de fondos relativas a la jornada diaria garantizada.

Siguiendo con los motivos de impugnación, se denuncia que no ha quedado probada la existencia de concertación entre Loomis y Prosegur acordando un reparto de mercado y que la CNMC ha aplicado de forma incorrecta la prueba de presunciones, produciendo una manifiesta indefensión a la recurrente por no haberse respetado su derecho a la presunción de inocencia y añade que la resolución impugnada no ha acreditado la existencia de una infracción única y continuada y, en particular, (i) Que Loomis haya participado (o tenga conocimiento) de la existencia de un plan común que integre o vincule las distintas conductas; y(ii) que LOOMIS tenga conocimiento de otras conductas que formen parte de dicho plan común.

**SÉPTIMO.-** Co mo ya hemos indicado, se sanciona por la adopción de acuerdos y la realización de prácticas concertadas entre PROSEGUR y LOOMIS en el mercado de los servicios de transporte y manipulación de fondos en España para repartirse el referido mercado. Acuerdos y practicas concertadas que, según la CNMC, se han calificado como infracción única y continuada que integraban un plan común organizado por las dos empresas que, como tenían una gran capacidad y poder en el mercado referido, podían impedir la entrada de terceros operadores para así repartirse entre ellos los clientes y las actividades respetándose, especialmente, los clientes y las rutas que ya tenían mediante, por una parte, un reparto de los servicios de los clientes estratégicos y, por otra parte, mediante un reparto de clientes a través de la preservación del servicio.



La imputación de una infracción única y continuada, como ha sido el caso, implica según refiere la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en fecha 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11, apartado 41, que: *“Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE, puede resultar no solo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258)”*.

En este mismo sentido, el Tribunal General dispuso en su sentencia de 6 de febrero de 2014 (asunto T-27/10 AC- Treuhand AG, apartados 240 y 241) que no podía identificarse de forma genérica el concepto "objetivo único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva. Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (entre otras, la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, para calificar diversos comportamientos anticompetitivos como infracción única y continuada es necesario que presenten un vínculo de complementariedad que contribuyen, mediante una interacción, a la realización de un objetivo conjunto con efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores en el marco de un plan global del que tienen conocimiento (demostrado o presunto) todos los participantes de tal manera que, la empresa o bien sabía o bien debería saber que cuando participa en las prácticas colusorias se integraba en el acuerdo único y se adhería al mismo. En este sentido, la idea de unicidad y la de continuidad de la infracción se deduce de aspectos tales como la unidad de objetivos comunes entre las conductas realizadas, la identidad de los productos y servicios afectados, la identidad de las empresas que han participado en la infracción, los métodos empleados o la coincidencia temporal de ambas conductas. Elementos que deben considerarse a la hora de valorar la existencia de una infracción única o de dos infracciones distintas o autónomas.

Como venimos diciendo, la infracción única y continuada implica la existencia de un plan preconcebido que supone la actuación concertada de varias empresas, que son competidoras entre sí, en cuanto que adoptan acuerdos que no solo están prohibidos en el artículo 1 de la LDC, sino que, además, entre todas las conductas realizadas existe un vínculo de complementariedad que encajan dentro de un plan y objetivo común. Por ello, para poder calificar diversos comportamientos anticompetitivos como infracción única y continuada deben integrarse en un plan común que no puede consistir meramente en el objetivo de distorsionar la competencia, sino que debe ser más preciso ya que el objetivo de distorsionar la competencia es inherente a toda infracción de la LDC.

Asimismo, esa actuación conjunta que implica la existencia de un plan preconcebido para la adopción de acuerdos anticompetitivos exige conocimiento por parte de todos los implicados por cuanto se han beneficiado de ese plan común al conocer las estrategias de la competencia perjudicando, por el contrario, la competencia en ese mercado concreto. No obstante, esa actuación conjunta no implica la participación de todas las empresas en la adopción de todos los acuerdos colusorios, pero sí exige su conocimiento y consentimiento en cuanto ello permite a todas las empresas alcanzar un objetivo común en ese mercado y en esa zona geográfica.

**OCTAVO.-** Esta Sala ya ha indicado en numerosas sentencias que en el ámbito analizado es difícil encontrar pruebas directas que acrediten la existencia de acuerdos anticompetitivos entre empresas competidoras y que lo normal es que para la acreditación de la existencia de esas conductas colusorias la CNMC acuda a la prueba de los indicios. En este sentido, ya decíamos en la sentencia dictada en fecha 9 de junio de 2016 (recurso nº 551/13) que, en este tipo de actuaciones, es difícil encontrar pruebas directas que permitan acreditar tanto la participación de la recurrente en un plan común como la existencia de ese plan conjunto. Por ello para poder acreditar ambas situaciones debemos acudir a la prueba de indicios aceptada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, eso sí siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador y se encuentren en directa relación con las consecuencias que pretenden extraerse de los mismos. Hasta el punto de que para que la prueba de presunciones pueda desvirtuar la presunción de inocencia es necesario que los indicios no se basen



en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Por tanto, la prueba de indicios no puede suponer que la CNMC alcance la conclusión de prácticas concertadas apoyándose en suposiciones y en interpretaciones basadas en indicios que carecen de relación directa con el hecho que se quiere acreditar.

**NOVENO.-** No s corresponde, por tanto, analizar ahora si la CNMC ha acreditado la existencia de ese plan concertado y del plan conjunto integrador de las distintas conductas colusorias subyacentes toda vez que, la infracción imputada a la recurrente ha sido la de una infracción única y continuada en el mercado que analizamos.

La CNMC ha concluido que existe actuación concertada para el reparto de mercado entre PROSEGUR y LOOMIS tras el análisis conjunto y global de diversos indicios que especifica en la resolución sancionadora. Concretamente, la CNMC entiende acreditado el reparto del mercado entre PROSEGUR y LOOMIS diciendo: *"Tal como se desprende de los hechos acreditados, la estrategia de las partes para repartirse el mercado han sido varias, adaptando las mismas en función del tipo de contrato o de servicio, o del cliente a quien debían prestar el servicio. Así se constata, por un lado, un reparto de servicios de clientes estratégicos, en la mayoría de los casos de los lotes en los que se dividen los contratos, y, por otro lado, un reparto de clientes a través de la preservación de los servicios a favor de una de las empresas. Para ello no se hace necesario acreditar la existencia de un acuerdo escrito y expreso de las partes, toda vez que entre LOOMIS y PROSEGUR queda evidenciada en el intercambio de información que las empresas se proveen, en las manifestaciones de los propios empleados contenidas en los correos electrónicos, y además, en la actitud adoptada por LOOMIS y PROSEGUR en el mercado, que denota la existencia de un acuerdo previo, o cuando menos de una concertación de actuaciones de cara a respetar la posición del rival en el mercado. En este sentido, cabe destacar que las partes han conseguido arraigar de tal manera su comportamiento, que para la celebración de determinados contratos ni siquiera necesitarían de acuerdos previos para adoptar una determinada postura en el mercado frente al rival, toda vez que simplemente se limitan a mantener su cuota de participación preexistente al nuevo contrato que es conocida y respetada por el competidor. Si bien el reparto del mercado se ha llevado a cabo de diversas maneras, la finalidad ha sido la misma, eliminar la competencia entre partes en relación con sus clientes estratégicos a través de un pacto de no competencia y de no agresión, que ha permitido a ambas empresas eliminar la presión competitiva entre ellas, preservar y mantener prácticamente inalterada su posición en el mercado durante un prolongado periodo de tiempo, y excluir al resto de competidores presentes y potenciales".* Sigue diciendo: *"...la coordinación de ofertas entre LOOMIS y PROSEGUR en los procedimientos de licitaciones ha sido práctica habitual durante todos estos años en los supuestos en los que concurre un cambio de las circunstancias preexistentes en relación con un determinado cliente, ya sea porque simplemente, por lo que fuera, prefiere realizar un nuevo contrato, ya sea porque como consecuencia de la modificación de la estructura empresarial se produce una reordenación de los servicios que implica modificar las condiciones contractuales preexistentes (caso paradigmático es el de las entidades financieras). Con la previa coordinación, las partes han podido presentar ofertas "a la carta", con la finalidad de repartir y preservar los lotes de los contratos a los que se presentaban y poder así mantener la cuota de participación preexistente ante un cambio de las circunstancias".* Y añade que *"el reparto del mercado no se ha producido únicamente en relación con los servicios prestados a las entidades de carácter público, sino que existen otros escenarios en los que LOOMIS y PROSEGUR han coordinado sus ofertas de servicios a los clientes con carácter previo a la adjudicación de estos por cada cliente, siendo el ejemplo más claro el de las entidades financieras. Como ya se ha señalado anteriormente, las principales entidades financieras que operan en España vienen contratando la prestación de los citados servicios con varios operadores, en lugar de confiar su gestión a un único operador. A tales efectos, estas entidades suelen solicitar la prestación de los servicios de transporte y manipulación de fondos mediante procedimientos sistematizados similares a las licitaciones organizadas por administraciones públicas, en los que los servicios a contratar son ofertados en lotes, normalmente de carácter geográfico, con lo que se permite dotar de un cierto grado de competencia a un mercado fuertemente concentrado".* Y la CNMC, en este aspecto, concluye: *"...ante un cambio de circunstancias preexistentes en el mercado, PROSEGUR y LOOMIS conciertan su actividad frente a la entidad financiera de cara a mantener su posición con el cliente".*

Y, en relación con el reparto de clientes a través de la preservación del servicio, la CNMC señala: *"Las estrategias de reparto se han ido adaptando a la tipología de clientes y de contratos, por lo que en el caso de servicios a clientes dedicados al comercio minorista y cuyas preferencias, a diferencia de las anteriores, es la de contratar una única empresa para los servicios de transporte de fondos, las partes se han repartido el cliente a través del uso abusivo e injustificado de la figura de la subcontratación como estrategia para que la empresa cuyos servicios han sido prescindidos por el cliente pueda continuar prestándolos indirectamente y mantener así su cuota intacta".* Y añade: *"Estas estrategias de cooperación sin que exista una justificación objetiva para acudir tan frecuentemente a las mismas, pese incluso a la negativa del cliente, no suponen una actuación racional por parte*



*de empresas que compiten en un mismo mercado, toda vez que se permite al rival directo seguir manteniendo un servicio de que había perdido y además implica una pérdida de ingresos por parte de la empresa contratista, ya que debe hacer frente al pago de la subcontrata. En este sentido, resulta particularmente significativo como los hechos evidencian que incluso las partes llegan a acordar que, al menos en determinados supuestos, el precio de la subcontrata sea el mismo que el cobrado al cliente, lo que implica que la empresa contratista, pudiendo prestar el servicio, prefiere subcontratarlos a su inmediato competidor y además no obtiene ningún beneficio económico de ello". Termina diciendo que: "En definitiva, la subcontratación abusiva por parte de las empresas no parece obedecer a una lógica empresarial y económica coherente, por cuanto no se atisba una necesidad objetiva de las empresas de auxiliarse por la falta de capacidad para participar de manera individual en los contratos que les son adjudicados, y ello, añadido al resto de estrategias utilizadas por las partes, refuerza la idea de que nos encontramos ante la utilización fraudulenta de la subcontratación con el fin de repartirse el mercado (o no competir), lo que conlleva además acuerdos de precios y una constante compartición de información sensible entre las empresas competidoras".*

En definitiva, la CNMC entiende que ha existido una práctica concertada entre PROSEGUR y LOOMIS con el objetivo de repartirse el mercado porque se han respetado mutuamente los servicios y clientes que ya tenían con anterioridad sin que hubiera explicaciones racionales para ese comportamiento como así se deduce, a su juicio, del contenido de algunos correos electrónicos internos de las empresas enviados entre empleados de la misma, como son, entre otros, (i) el correo interno de LOOMIS de 4 de febrero de 2013 que bajo el título "concurso metro" se dice te envié una tabla en la que *"sale claramente los lotes que debemos dejar que se lleve Prosegur, ofertando para ellos el precio máximo"* (folio 15995 y 15996 del expediente administrativo) y (ii) el correo interno de LOOMIS de 26 de junio de 2014 que con el título "concurso correos" se indican los lotes *"a los que nos vamos a presentar"* (folio 17467 del expediente administrativo).

Frente a ello, como ya hemos reflejado anteriormente, la recurrente sostiene que la CNMC no ha justificado la existencia de un plan común ni de un plan concertado anticompetitivo entre PROSEGUR Y LOOMIS y que, en todo caso, sus decisiones empresariales se apoyaban en razones de eficiencia económica y de optimización de sus recursos dada la estructura del mercado y, especialmente, de las exigencias impuestas en la normativa reguladora de esta actividad en cuanto que imponía importantes barreras a la entrada y barreras al ejercicio de la actividad que condicionaba muchas de las decisiones empresariales adoptadas que la CNMC, sin embargo, ha calificado como elementos indiciarios de un comportamiento concertado colusorio con PROSEGUR. Explicaciones alternativas que, según la recurrente, se apoyan en razones de racionalización del gasto que justificarían el porqué de la estabilidad en las cuotas de mercado y en el mantenimiento de los clientes y de las rutas de reparto.

El enfrentamiento entre las partes queda claro: mientras que, la CNMC interpreta ciertos comportamientos de la recurrente como actuación concertada con PROSEGUR para el reparto del mercado de transporte y manipulación de fondos, la recurrente justifica esos mismos comportamientos y concluye que no son anticompetitivos ni formaban parte de un plan común concertado, sino que esa actuación tenía una justificación alternativa razonable atendiendo, especialmente, a las estrictas exigencias regulatorias que se han impuesto en ese mercado específico.

**DECIMO.-** Esta Sala anticipa la estimación del recurso contencioso-administrativo porque entendemos que la CNMC no ha acreditado el elemento esencial de la imputación analizada, como es la existencia de un plan común y de una práctica concertada entre PROSEGUR y LOOMIS. No existe en el expediente administrativo ninguna prueba documental que ponga de manifiesto que el comportamiento de las sancionadas se debiera a un plan previamente concertado entre ellas. La única prueba documental, que refiere la resolución sancionadora como acreditativa de las prácticas concertadas, son correos electrónicos internos de las empresas cuyo contenido ha llevado a la CNMC a concluir que las empresas se repartían el mercado al repartirse los lotes previamente a la adjudicación. Sin embargo, esta Sección no puede admitir como prueba de cargo las manifestaciones recogidas en los correos electrónicos internos de las empresas cuando (i) se ignora cual es la razón que lleva a unos empleados a reflejar un determinado contenido, (ii) se ignora si los mismos se han remitido a la empresa contraria para poder concluir que, en todo caso, compartía su contenido y (iii) se ignora si su contenido, en su caso, es respuesta a correos emitidos por la empresa contraria.

Queda, por tanto, en este caso, reducida la prueba de cargo a los indicios relativos al comportamiento de LOOMIS en el mercado que, a juicio, de la CNMC carecía de racionalidad económica y que solo tenía una justificación, la existencia de un plan común de actuación con PROSEGUR para el reparto del mercado. Elementos indiciarios que, a juicio, de la CNMC son sospechosos y carentes de una explicación racional económica.

Hemos indicado anteriormente que, las pruebas de indicios serán pruebas de cargo validas si los indicios no se basan en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados y que entre los

hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Por tanto, la prueba de indicios no puede suponer que la CNMC alcance la conclusión de prácticas concertadas apoyándose en suposiciones y en interpretaciones basadas en indicios que carecen de relación directa con el hecho que se quiere acreditar.

Y, en el caso analizado, esta Sala considera que la CNMC apoya sus conclusiones en suposiciones e interpretaciones basadas en indicios que carecen de relación directa con el hecho que se quiere acreditar toda vez que, la recurrente ha ofrecido respecto de cada uno de esos indicios explicaciones alternativas razonables, algunas basadas en normas legales, que debieron llevar a la CNMC a ser más exigente en los razonamientos que rechazan esas explicaciones alternativas como justificativas del comportamiento imputado.

Ambas partes parten del mismo comportamiento en el mercado, pero mientras la CNMC, apoyándose en diversos indicios, concluye que es consecuencia de actuaciones concertadas para repartirse el mercado con PROSEGUR, la recurrente señala que es consecuencia de la estructura del mercado demanda y de las elevadas barreras de entradas legales y económicas, no solo respecto a la operativa de los servicios, sino incluso, para poder empezar a operar en el mercado, tal y como establece la normativa de Seguridad Privada vigente ( Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada y Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, de Seguridad Privada).

En la sentencia dictada por el Tribunal General de la Unión Europea en fecha 12 de abril de 2013, Asunto T-442/08, CISAC, en relación con la acreditación de una práctica colusoria concertada entre competidores, señala que:

*"98. (...) En la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia.*

*99. Ahora bien, en la sentencia PVC II, antes citada, invocada por la Comisión, el Tribunal halló una solución que equilibra esos principios. En dicha ocasión, el Tribunal afirmó que, según la jurisprudencia, cuando el razonamiento de la Comisión se basa en la suposición de que los hechos probados en su decisión solo pueden explicarse en función de una concertación entre las empresas, basta con que los demandantes demuestren la existencia de circunstancias que den un enfoque diferente a los hechos probados por la Comisión y que permitan así sustituir por otra la explicación de los hechos adoptada por la Comisión".*

Pues bien, en el caso analizado, esta Sala entiende que los indicios de colusión apreciados por la CNMC no permiten por sí mismos deducir de forma clara y sin dudas razonables que las empresas sancionadas se hubieran concertado para obtener un beneficio ilícito en perjuicio de la competencia. Y ello porque esta Sala acepta las explicaciones alternativas ofrecidas por la recurrente porque son razonables y objetivas y están basadas en criterios de racionalidad y eficiencia económica. Y, por todo ello, el comportamiento de la recurrente podía estar amparado en razones de optimización de recursos y de racionalización del gasto. Explicaciones alternativas razonables que justifican el comportamiento de la recurrente y que, además, tienen amparo legal lo cual lleva a este Tribunal a concluir que los indicios de actuación concertada en que se ha basado la CNMC no pueden constituir prueba de cargo por cuanto que, en este caso, ante la ausencia de una prueba directa sobre la existencia de la concertación, se está apoyando en interpretaciones que deduce de determinados comportamientos de la sancionada respecto de los cuales PROSEGUR justifica refiriendo explicaciones alternativas razonables a sus decisiones empresariales que, al menos, ponen en duda razonable que su comportamiento fuera fruto de una concertación con PROSEGUR.

**UNDÉCIMO.-** As í, la CNMC justifica la existencia de actuaciones concertadas para el reparto del mercado apoyándose en el elemento indiciario consistente en que Loomis no participaba en licitaciones de rutas o en la contratación de nuevos clientes que ya tenía Prosegur, ni adquiriría nuevas rutas situadas en zonas geográficas en las que ya estaba instalado PROSEGUR. Comportamiento que lleva a la CNMC a concluir que todo ello era para repartirse el mercado manteniendo las cuotas de participación de cada una de ellas de forma estable en ese mercado. Indicios que, sin embargo, la recurrente, como ya hemos señalado, niega que sean acreditativos de una práctica concertada con PROSEGUR al decir que, ese comportamiento tiene una explicación lógica alternativa dadas las condiciones estructurales del mercado, de los servicios de transporte y manipulación de fondos en España. A estos efectos se explica en la demanda que el carácter concentrado del mercado viene propiciado, no por la sospecha de supuestas prácticas anticompetitivas, sino por las elevadas barreras de entradas legales y económicas y que existe una fuerte regulación en el sector, no solo respecto a la operativa de los servicios, sino incluso, para poder empezar a operar en el mercado, tal y como establece la normativa de Seguridad Privada vigente ( Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada y Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, de Seguridad Privada) , requiriéndose fuertes inversiones que, además, no se recuperan con rapidez, al existir estrechos márgenes de beneficios y que todo ello condicionaba muchas decisiones empresariales y justificaba su comportamiento de no competir con PROSEGUR en servicios que ella



ya prestaba, especialmente, porque en el Convenio Sectorial de Seguridad se prevé que cuando se produzca un cambio de empresa en relación con los servicios de transporte y manipulación de fondos, el nuevo operador deberá subrogar parte de los trabajadores que venían prestando ese servicio previamente. E insiste en que era la exigente regulación lo que le impedía participar en licitaciones o presentar ofertas respecto de servicios que ya prestaba Prosegur, pero ello era debido única y exclusivamente a las exigencias impuestas en la regulación del mercado que, en esos casos, exigía que debía subrogarse en los trabajadores que tenía con anterioridad el otro operador, PROSEGUR, en este caso. Subrogación de trabajadores que suponían costes de carácter incierto para el nuevo adjudicatario del servicio porque no eran cuantificables de manera previa a la presentación de la oferta, sino únicamente cuando se produce el traspaso del servicio.

La explicación alternativa que ofrece Loomis, a criterio de esta Sala, es razonable porque las razones que señalan tienen amparo legal y porque, además, no puede dudarse de que esa subrogación contribuye a incrementar los costes laborales de la empresa que consiga obtener un nuevo cliente, lo cual puede efectivamente desincentivar la competencia para captar clientes en el mercado.

Por otra parte, en relación con el indicio que tiene en cuenta la CNMC de que la practica concertada se aprecia también en el mantenimiento de las cuotas de prestación de servicios durante un considerable periodo de tiempo en el ámbito de la contratación de los servicios de transporte y manipulación de fondos por parte de empresas dedicadas a la distribución comercial, la recurrente niega que ese comportamiento se debiera a una práctica concertada ya que ese mantenimiento de rutas y clientes se debía a las decisiones de los clientes que contrataban esos servicios que, en muchos casos, imponían sus propios criterios de contratación y, ante la apertura de nuevos centros, el cliente otorgaba ese servicio al operador que tuviera mayor presencia en cada zona de apertura.

Asimismo, la CNMC consideró como elemento indiciario de la existencia del plan concertado que en el ámbito de las empresas de distribución minorista se acudiera con frecuencia a la figura de la subcontratación de la empresa ya instalada en una zona en lugar de ocupar una ruta que tuviera ya la empresa competidora en una zona geográfica. Y la CNMC interpreta ese comportamiento diciendo que la subcontratación no está justificada porque, en la mayoría de las ocasiones, PROSEGUR sí tenía delegaciones propias en esas provincias -especialmente en Málaga y Murcia- y, por ello, concluye que era una forma de actuación concertada para repartirse los clientes.

La recurrente reconoce que ha acudido a la figura de la subcontratación por parte de PROSEGUR en casos muy puntuales respecto de las Islas Baleares y Canaria, en las que Loomis no tiene una delegación propia. Justifica, además, su subcontratación por Prosegur refiriendo nuevamente razones de eficiencia en la prestación del servicio, dadas las exigencias regulatorias antes referidas.

Finalmente, en relación con el transporte y manipulación de fondos de las entidades bancarias, es admisible también como explicación alternativa la ya referida a la subcontratación de los trabajadores de la empresa contraria en el caso de que se prestasen servicios nuevos en rutas que ya prestaba la competidora e, incluso, acentuada porque los procesos de reestructuración bancaria implicaron el cierre de bases y de rutas con importantes traspasos de trabajadores de una a otra empresa de transporte y manipulación de fondos. Y, además, en la organización de la prestación de ese servicio tuvieron una gran influencia las propuestas de las entidades financieras que como demandantes de ese servicio aconsejaban, en algunas ocasiones, a los operadores ponerse de acuerdo con la vista de la nueva estructura en el mercado sin que ello pueda implicar practica concertada entre PROSEGUR Y LOOMIS. Y, en este contexto, tienen sentido las expresiones que se contienen en algunos correos electrónicos, como el enviado en fecha 13 de julio de 2012 por el Director de Gestión de Efectivo de CAIXABANK al Director General Comercial de Loomis en el que se fija una fecha límite para que Prosegur y Loomis alcancen un acuerdo que permita a Prosegur compensar las 359 oficinas perdidas como consecuencia de la reestructuración de la red de la entidad financiera y en el que se consigna que Loomis y Prosegur acordarán el detalle de oficinas a traspasar y comunicarán a Caixa Caixa dicho detalle por provincias (folios 15951 expte) que la CNMC ha descontextualizado para concluir que ello implicaba una actuación concertada con LOOMIS.

En definitiva, esta Sala considera que la CNMC debió ser más exigente en los razonamientos que le han llevado a concluir que hubo acuerdos colusorios y un plan común de actuación entre PROSEGUR y LOOMIS a pesar de la regulación tan específica que existía en el mercado analizado que podía justificar la actuación de las empresas, como así señaló la recurrente en la vía administrativa ofreciendo explicaciones alternativas razonables a cada uno de los comportamientos colusorios que se le habían imputado al margen de la actuación de la otra empresa competidora en el mismo mercado. Sin embargo, la CNMC ha rechazado las explicaciones alternativas ofrecidas limitándose a referir, en cuanto a la obligación de subrogación de los trabajadores contenida en el Convenio Sectorial de Seguridad, la falta de acreditación por parte de Loomis de los datos



concretos sobre el impacto económico de la subrogación legal, pero lo cierto es que la CNMC no ha analizado la realidad de la subrogación de los trabajadores y como ello podía influir en el comportamiento de LOOMIS.

En 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.

**DUODÉCIMO.**- Toda vez que se ha estimado el presente recurso contencioso administrativo ello implica que se impongan a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta instancia tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

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

### FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº **550/2016**, promovido el Procurador de los Tribunales Don Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y en representación de la mercantil **LOOMIS SPAIN, S.A. ("LOOMIS")**, 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, que le impuso la sanción de multa por importe de 7.028.640 euros por la comisión de una infracción única y continuada por la realización de prácticas concertadas para el reparto del mercado de servicios de transporte y manipulación de fondos en España. 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.