



Roj: **SAN 3109/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3109**

Id Cendoj: **28079230062022100372**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/06/2022**

Nº de Recurso: **21/2017**

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: 0000021 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00262/2017

Demandante: PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y su filial PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L.

Procurador: DÑA. CAROLINA PÉREZ-SAUQUILLO PELAYO

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 veinte 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. **21/2017**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Carolina Pérez-Sauquillo Pelayo, en nombre y en representación de la mercantil **PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A.** y su filial **PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L.**, 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 S/0555/15, PROSEGUR-LOOMIS, por la que le impone la sanción de multa por importe de 39.419.776 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: *"... estimando el presente recurso, declare la nulidad de pleno Derecho de la mencionada Resolución y de la sanción en ella impuesta. Que, en caso de que la Sala a la que tengo el honor de dirigirme desestime los argumentos de nulidad de la Resolución, anule la sanción impuesta en la Resolución y acuerde su reducción a la cantidad de 7.028.540 euros o, subsidiariamente, que ordene a la CNMC su recálculo conforme a los criterios de motivación, igualdad de trato y proporcionalidad expuestos en el presente escrito de demanda. En cualquiera de los casos anteriores, se solicita que se acuerde expresa imposición de costas a la Administración demandada y que se ordene a la CNMC la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la sentencia que se dicte"*.

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 entidad actora, PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. y la filial PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L., 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 S/0555/15 PROSEGUR-LOOMIS, por la que le impone una sanción de multa por importe de 39.419.776 euros por su participación en la comisión de una infracción única y continuada consistente en la adopción de acuerdos y en la realización de prácticas concertadas con la empresa LOOMIS SPAIN, S.A. para el reparto del mercado de los servicios del transporte y manipulación de fondos, entre los años 2008 a 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, PROSEGUR, se solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

La mercantil recurrente niega la existencia de un plan común y concertado con la mercantil LOOMIS para repartirse el mercado de los servicios de transporte y manipulación de fondos. Sostiene que no existe prueba de una actuación concertada con arreglo a un plan común entre PROSEGUR y LOOMIS que pueda calificarse como anticompetitiva porque los indicios que han llevado a la CNMC a concluir que efectivamente existía esa práctica colusoria de reparto del mercado tienen, a juicio de la recurrente, una explicación alternativa razonable y objetiva basada en razones de racionalidad y de eficiencia económica.

Asimismo, la recurrente afirma que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque la CNMC no ha realizado una valoración completa, objetiva y contextualizada de las conductas que ha analizado. En esta línea, la recurrente sostiene que la CNMC en la valoración de los hechos no ha tenido en cuenta que el servicio de transporte y manipulación de fondos está sometido a una estricta regulación que impone importantes barreras a la entrada, así como barreras al ejercicio de la actividad que pueden justificar la adopción de decisiones empresariales al margen de una práctica concertada anticompetitiva. Y, de forma especial, la recurrente señala como barrera para el ejercicio de la actividad la imposición de la subrogación de los trabajadores de las empresas competidoras en los casos en los que, posteriormente, resultase PROSEGUR adjudicataria para la prestación del servicio que hasta entonces prestaba la empresa competidora. Subrogación de trabajadores que se impone en el Convenio Colectivo estatal para las empresas de seguridad. Y, a su juicio, esta subrogación es lo que, frecuentemente, impide presentar ofertas y participar en licitaciones que supongan desplazar al operador que venía desarrollando la actividad, ya que esa obligación de subrogarse en los contratos de los trabajadores implica para el nuevo adjudicatario del servicio costes de carácter incierto puesto que no podrán cuantificarse de manera previa a la presentación de la oferta, sino cuando ya se ha producido el traspaso del servicio. Resalta, además, que esa dificultad se ha acentuado como consecuencia de los procesos de reestructuración en el sector bancario de los últimos años lo que ha supuesto la reducción del número de paradas por ruta realizada derivada del cierre de sucursales.

Y estas limitaciones, tanto a la entrada como al ejercicio de la actividad, justifican, según la recurrente, un determinado comportamiento de las empresas que operan en ese mercado en cuanto que, en muchas ocasiones, esa actuación que se ha calificado como práctica concertada anticompetitiva tiene una explicación alternativa razonable y objetiva basada en razones de racionalidad y eficiencia económica.

Explicación alternativa que la parte actora apoya aportando un informe pericial emitido en fecha 5 de septiembre de 2018 por la entidad KPMG Asesores, S.L. En dicho informe se destaca que la particularidad del proceso productivo de este sector permite justificar el comportamiento racional de los operadores bajo un proceso de optimización de la rentabilidad. Y, en este sentido, afirma que la estrategia racional de un operador puede llevarle (i) bien a no abrir o bien a cerrar una base en una nueva zona si cree que la demanda en dicha región no justifica la inversión o no permite recuperar costes; (ii) o bien a prestar determinados servicios en una zona mediante la subcontratación de los servicios a otro operador ya instalado, siempre que la rentabilidad o sobrecoste que deba abonar por la subcontratación no justifique la apertura de una nueva base.

Por otra parte, el recurrente destaca que, en muchas ocasiones, son los propios clientes, en especial las instituciones bancarias tras el proceso de reestructuración, los que han impuesto que el reparto del transporte y manipulación de fondos se realice entre los dos operadores, incluso con arreglo al sistema que ellos han definido.

Finalmente señala que la multa impuesta es desproporcionada, carente de motivación y, que, además, vulnera el principio de igualdad.

Por el contrario, el Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso contencioso-administrativo haciendo suyos los razonamientos recogidos en la resolución dictada por la CNMC.

CUARTO. Como 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 prácticas 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 si 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.

QUINTO. 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.

SEXTO. Nos 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 LOOMIS. 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 LOOMIS 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.

SEPTIMO. 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 PROSEGUR 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 LOOMIS 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 LOOMIS, la recurrente señala que es consecuencia de la estructura del mercado que le lleva a optimizar la rentabilidad y como dice expresamente en la demanda *"la estrategia racional de un operador puede llevarle, o bien a no abrir (o cerrar) una base en una nueva zona si no espera que la demanda en dicha región justifique la inversión (o permita recuperar costes), o bien a prestar determinados servicios en una zona mediante la subcontratación de los servicios a otro operador ya instalado, siempre que, lógicamente, la diferencia en la rentabilidad o sobrecoste que deba aplicar por la subcontratación no justifique la apertura de una nueva base"*.

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 halla 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 LOOMIS.

OCTAVO. Así, la CNMC justifica la existencia de actuaciones concertadas para el reparto del mercado apoyándose en el elemento indiciario consistente en que PROSEGUR no participaba en licitaciones de rutas o en la contratación de nuevos clientes que ya tenía LOOMIS, ni adquiría nuevas rutas situadas en zonas geográficas en las que ya estaba instalado LOOMIS. 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 niega que sean acreditativos de una práctica concertada con LOOMIS al decir que, ese comportamiento tiene una explicación lógica alternativa dadas las condiciones estructurales del mercado, especialmente derivadas de la estricta y exigente regulación

del mercado de los servicios de transporte y manipulación de fondos en España, que condicionaba muchas decisiones empresariales y justificaba su comportamiento de no competir con LOOMIS 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. Además, junto a esa exigencia, la recurrente justifica el comportamiento que la CNMC ha considerado como practica concertada diciendo que la normativa reguladora de esta actividad imponía requisitos muy estrictos para su funcionamiento al exigir en el artículo 7 de la Orden INT/314, de 1 de febrero, sobre empresas de seguridad privada, entre otros requisitos, que las empresas dedicadas al transporte y la manipulación de fondos debían tener en los locales en que se desarrolla la actividad de (i) un sistema de seguridad completo compuesto como mínimo por equipos o sistemas de captación y registro de imágenes; (ii) de soportes destinados a la grabación de imágenes que deberán conservarse durante 30 días desde la fecha de grabación; (iii) la zona de carga y descarga deberá estar comunicada con el exterior mediante un sistema de puertas esclusas con dispositivo de apertura desde el interior; (iv) deben tener un centro de control protegido por acristalamiento con blindaje de antibala de categoría de resistencia BR4; (v) las paredes que delimiten el referido centro deberán tener una categoría de resistencia II según la Norma UNE 108132; (vi) deberán tener una zona de recuento y clasificación con puerta esclusa para su acceso; (vii) deberán tener un generador o acumulador de energía con autonomía para 24 horas; (viii) un dispositivo que produzca la transmisión de una alarma en caso de desatención del responsable del centro de control durante un tiempo superior a 10 minutos; (ix) una conexión del sistema de seguridad con una central de alarmas por medio de dos vías de comunicación distintas; (x) instalación de una antena que permita la captación y transmisión de las señales de los sistemas de seguridad. Exigencias regulatorias que, según expone la recurrente, determinaban como debía tener lugar la prestación de servicios imponiendo barreras de entrada y barreras al ejercicio de la actividad. Y por ello los costes exigidos por la naturaleza de los servicios y por la regulación referida condicionaban muchas de las decisiones estratégicas de inversión de los operadores a la hora de ofrecer sus servicios en una determinada zona geográfica para poder competir por nuevos clientes atendiendo al principio de optimización de la rentabilidad. E insiste en que únicamente era la exigente regulación lo que le impedía participar en licitaciones o presentar ofertas respecto de servicios que ya prestaba LOOMIS, 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, LOOMIS, 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 PROSEGUR, 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 de nuevos servicios por parte de PROSEGUR a LOOMIS respecto de algunas provincias en las que no tenía ninguna delegación o mientras se producía su implantación en la zona porque (i) bien no le interesaba esa nueva zona o ruta atendiendo a criterios de optimización de recursos y de costes fijos o (ii) bien era el cliente quien imponía que el servicio lo prestase PROSEGUR. Y, por ello, PROSEGUR justifica la subcontratación de LOOMIS refiriendo nuevamente razones de eficiencia económica dados los costes que suponía crear una nueva delegación en una zona en la que no tenía implantación 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 a la vista de la nueva estructura en el mercado sin que ello pueda implicar práctica 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 de Logística de Valores y Gestión de Efectivo de PROSEGUR en el que se recogen los detalles de la cancelación del contrato entre Prosegur y Banca Cívica así como la integración de sus oficinas en el contrato con "la Caixa" actual al decir que *"359 oficinas actualmente atendidas por Loomis pasaran a Prosegur en los siguientes términos: Estarán situadas en los ámbitos de Madrid, Barcelona o Guadalajara. Loomis y Prosegur acordarán el detalle de oficinas a traspasar y comunicaran a la Caixa como máximo el martes día 17.7.12, dicho detalle por provincias* (folios 16111 y 16112 del expediente) 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 escasa fiabilidad del estudio económico aportado para acreditar la rentabilidad de los contratos en los casos de tener que subrogar a los trabajadores de LOOMIS que venían prestando ese servicio. Y la CNMC se ha limitado a rechazar esa explicación alternativa porque, a su juicio, el estudio económico carece de valor por los defectos numéricos que existen en la acreditación por parte de PROSEGUR de la designación de los costes de personal en relación con algunos clientes y servicios pero, la CNMC no ha analizado la realidad de la subrogación de los trabajadores y como ello podía influir en el comportamiento de PROSEGUR.

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.

NOVENO. 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 **21/2017**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Carolina Pérez-Sauquillo Pelayo, en nombre y en representación de la mercantil **PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A.** y su filial **PROSEGUR SERVICIOS DE EFECTIVO ESPAÑA, S.L.**, 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 S/0555/15, PROSEGUR-LOOMIS, que le impuso la sanción de multa por importe de 39.419.776 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ