



Roj: **SAN 6236/2022 - ECLI:ES:AN:2022:6236**

Id Cendoj: **28079230062022100723**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/12/2022**

Nº de Recurso: **239/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000239 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 2708/2018

Demandante: MBE SPAIN 2000, S.L. ("MBE") y MBE WORLDWIDE, SpA ("MBE WORLDWID")

Procurador: D. GERMÁN MARINA Y GRIMAU

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a cinco de diciembre de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 239/18 promovido por el Procurador D. Germán Marina y Grimau en nombre y representación de **MBE SPAIN 2000, S.L. (" MBE")** y de su matriz, **MBE WORLDWIDE, SpA (" MBE WORLDWID)** contra la resolución de 8 de marzo de 2018, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0578/16 MENSAJERÍA PAQUETERÍA EMPRESARIAL, mediante la cual se le impusieron cuatro sanciones de multa por importe de 126.970 euros, 420.589 euros, 47.614 euros y 95.228 euros, respectivamente. 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 se dictase sentencia por la que, estimando el recurso, "... se anule dicha Resolución en su totalidad o, en su defecto, se declare nulo el cálculo de la sanción impuesta a MBE SPAIN 2000, S.L. ("MBE") y de su matriz, MBE WORLDWIDE, SpA ("MBE WORLDWIDE") conforme a los requisitos legales establecidos en la LDC."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 28 de septiembre de 2022, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Francisco de la Peña Elías**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 8 de marzo de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0578/16 MENSAJERÍA PAQUETERÍA EMPRESARIAL, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"Primero. Declarar acreditadas las siguientes infracciones muy graves del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del TFUE :

(...)

c) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.4, las siguientes empresas:

- MBE SPAIN 2000, S.L. y solidariamente su matriz MBE WORLDWIDE, SPA.

- UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD Y COMPAÑÍA SRC. y solidariamente su matriz UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD.

d) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.5., las siguientes empresas:

- MBE SPAIN 2000, S.L. y solidariamente su matriz MBE WORLDWIDE, SPA.

- TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U. y solidariamente su matriz TNT HOLDING LUXEMBOURG, SARL.

e) Una infracción constitutiva de cártel consistente en un pacto de no agresión en el mercado de mensajería y paquetería empresarial de la que son responsables, en los términos previstos en el apartado 4.4.6., las siguientes empresas:

- MBE SPAIN 2000, S.L. y solidariamente su matriz MBE WORLDWIDE, SPA.

(...)

Segundo.- De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en las infracciones a las que se refiere el resuelve anterior, proceden las siguientes sanciones:

(...)

c) En el pacto de no agresión entre MBE y UPS:

- MBE SPAIN 2000, S.L.: 126.970 euros

- UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD Y COMPAÑÍA SRC.:19.230.103 euros

d) En el pacto de no agresión entre MBE y TNT:

- MBE SPAIN 2000, S.L.: 420.589 euros

- TNT EXPRESS WORLDWIDE SPAIN, S.L.U.: 16.183.934 euros

e) En el pacto de no agresión entre MBE y FEDEX:

- MBE SPAIN 2000, S.L.: 47.614 euros

- FEDEX SPAIN, S.L.: 1.800.000 euros



f) En el pacto de no agresión entre MBE y CEX:

- MBE SPAIN 2000, S.L.: 95.228 euros

- CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A.: 2.686.935 euros

(...)

Tercero.- Eximir del pago de la multa GENERAL LOGISTICS SYSTEMS SPAIN, S.L. y a su matriz GENERAL LOGISTICS SYSTEMS, B.V., de acuerdo con lo señalado en el fundamento 4.7 de esta resolución.

Cuarto. Intimar a las empresas infractoras para que en el futuro se abstengan de realizar conductas semejantes a la tipificada y sancionada en la presente Resolución.

Quinto. Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento íntegro de esta Resolución.

(...)"

Como antecedentes procedimentales de dicha resolución pueden destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) Con fecha 13 de octubre de 2014 la Dirección de Competencia (DC) recibió una solicitud de exención de pago de multa presentada por GENERAL LOGISTICS SYSTEMS SPAIN, S.L. (GLS), su matriz GENERAL LOGISTICS SYSTEMS B.V. (GLS BV) y la matriz de ambas, ROYAL MAIL PLC a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, del artículo 66 de la LDC, y ello respecto de la que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, consistente en un pacto de no competencia con CORREOS EXPRESS PAQUETERIA URGENTE, S.A. en virtud del cual las partes se habrían comprometido a no realizar ofertas comerciales a los clientes de la otra parte para la prestación de servicios de paquetería empresarial

2) A la vista de la información remitida, la DC llevó a cabo una inspección en la sede de CORREOS EXPRESS PAQUETERÍA URGENTE, S.A. (CEX), los días 11 y 12 de noviembre de 2015, y en las de INTERNATIONAL COURIER SOLUTION, S.L. (ICS), MBE SPAIN 2000, S.L. (MBE) y REDYSER TRANSPORTE, S.L. (REDYSER) los días 20 y 21 de abril de 2016.

3) Sobre la base de la información recabada en dichas inspecciones, y de la obtenida como consecuencia de los requerimientos de información realizados posteriormente, la DC acordó con fecha 22 de julio de 2016 la incoación del expediente S/DC/0578/16 MENSAJERÍA Y PAQUETERÍA EMPRESARIAL, por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 TFUE, contra las siguientes empresas (folios 3418 a 443):

- CEX y su matriz SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.;

- DHL y su matriz DHL EXPRESS IBERIA, S.L.;

- FEDEX y su matriz FEDERAL EXPRESS CORPORATION;

- GLS y su matriz GLS, BV;

- ICS y su matriz TOTALICS, S.L.;

- MBE y su matriz MBE WORLDWIDE, SPA;

- REDYSER;

- TNT y su matriz TNT HOLDINGS LUXEMBOURG SARL;

- TOURLINE y su matriz CTT-CORREIOS DE PORTUGAL, S.A.; y

- UPS y su matriz UNITED PARCEL SERVICE ESPAÑA LTD.

4) Formulados nuevos requerimientos de información, que fue aportada por las empresas requeridas, y presentadas alegaciones por varias de las incoadas, la DC dictó con fecha 21 de julio de 2016 pliego de concreción de hechos conforme a lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Pliego del que se dio oportuno traslado a las empresas interesadas, quienes formularon frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

5) Acordado el cierre de la fase de instrucción, el 19 de julio de 2017 la Dirección de Competencia, conforme a lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, emitió propuesta de resolución.

6) Presentadas alegaciones, con fecha 28 de agosto de 2017 la Dirección de Competencia elevó a la Sala de Competencia de la CNMC su informe y propuesta de resolución de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50, apartado 5, de la LDC. Y con fecha 26 de octubre de 2017, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC



acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE.

7) Con fecha 25 de enero de 2018, la Sala de Competencia requirió a las empresas incoadas a fin de que aportaran el volumen de negocio total en el año 2017 antes de la aplicación del IVA o impuestos relacionados e información sobre el volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción, con suspensión del plazo del procedimiento.

8) Alzada la suspensión la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 8 de marzo de 2018 y dictó, con esa misma fecha, la resolución que ahora se recurre.

SEGUNDO.- Al tratar de los hechos determinantes del acuerdo sancionador, y cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, la resolución recurrida describe a MBE SPAIN 2000, S.L. (MBE) como una empresa cuyo objeto social es la creación, compra, venta, arrendamiento y comercialización de franquicias, concesiones, logotipos, anagramas, patentes y marcas, centrándose desde 2002 en la franquicia Mail Boxes Etc, que cuenta con más de 200 oficinas que ofrecen soluciones de negocios tales como e-box para compras por internet, envíos nacionales e internacionales, servicio y materiales de empaques, centro de impresión digital, servicio de plotter, encuadernaciones, laminaciones, etc. Señala que MBE comercializa a través de su red de franquiciados servicios de mensajería y paquetería empresarial, y añade que *"MBE pertenece a la categoría de los revendedores, es decir, se trata de un operador que carece de medios propios para la prestación del servicio de distribución de los envíos, necesitando subcontratar su prestación con otras empresas de mensajería y paquetería empresarial. A tal efecto, MBE tiene suscritos acuerdos con cuatro operadores (UPS, TNT, FEDEX y CEX) en los que se establecen las condiciones marco de la prestación por éstos de los servicios de recogida, transporte y entrega de los envíos a su destino final. Las condiciones de dichos Acuerdos Marco se aplican a los franquiciados de MBE, normalmente, previa suscripción individualizada por éstos de un acuerdo de adhesión al mismo o de un acuerdo con el operador en cuestión"*.

También se refiere a MBE WORLDWIDE, SPA (MBE SPA) y a su relación con MBE, a la que controla, y cuya estructura accionarial está compuesta por MBE SPA y por Sistema Italia 93 SRL, que a su vez está controlada por MBE SPA en un 98 %.

Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución hace algunas consideraciones relevantes sobre el marco normativo en el que se encuadra la actividad de mensajería y paquetería empresarial, con referencia a la Ley Postal 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, y a los tres tipos de servicios postales que regula por razón de su régimen jurídico (servicio postal universal; servicios que, cayendo bajo el alcance material del servicio postal universal, se prestan en condiciones de libre mercado ajenas a las obligaciones de servicio público que se le imponen al prestador del servicio postal universal; y servicios postales no incluidos en el ámbito del servicio postal universal, donde se encuadraría el sector de la mensajería y paquetería empresarial al que se refiere la resolución).

Por lo que se refiere al mercado de producto, lo identifica con el mercado de mensajería y paquetería empresarial constituido por los servicios de envío urgente, de carácter nacional e internacional, con origen o destino fuera de España, de documentos y paquetes de tamaño pequeño destinados a empresas. Excluye de este modo los servicios de mensajería y paquetería destinados a particulares y los servicios de paquetería industrial.

Destaca que se trata de un mercado caracterizado por importantes economías de escala, al tratarse de una industria de red, en el que los costes de recogida y entrega constituyen una de las partes más importantes de los costes directos de los prestadores de estos servicios, resaltando la importancia de la cobertura, tanto en origen como en destino. Y también por tratarse de productos que califica como altamente diferenciados, pues el servicio de paquetería se puede clasificar por un amplio número de parámetros, como son la rapidez de entrega (entrega urgente o entrega estándar), el ámbito geográfico (servicios nacionales o internacionales), o la calidad del servicio mismo (fiabilidad, seguridad, capacidad de seguimiento de los envíos, etc.).

Desde el punto de vista de la demanda, la resolución refiere que está constituida por la totalidad del tejido empresarial que necesite realizar un servicio regular o puntual de envío de mensajería y/o paquetería con destino nacional o internacional.

Y desde el punto de vista de la oferta, lleva a cabo una clasificación que ha de resultar muy relevante a la hora de definir las conductas infractoras y la mecánica de los acuerdos calificados como anticompetitivos.

Alude por un lado a los denominados integradores, grupo constituido por grandes operadores especializados en el reparto urgente de paquetería internacional, y que cuentan como principal característica el disponer de pleno control operativo de la logística de los envíos de paquetería de origen a destino, incluido el transporte

aéreo y suficiente cobertura geográfica a nivel mundial. Señala que hay tres integradores a nivel mundial: el grupo alemán DHL, el grupo americano FEDEX (que incluye al grupo holandés, que adquirió) y el americano UPS. Y que solo los integradores cuentan con medios propios para realizar entregas urgentes en cualquier parte de mundo, de tal modo que el resto de operadores del mercado debe subcontratarlos para prestar este tipo de servicios a sus clientes.

A continuación, relaciona otros operadores entre los que, a los efectos de este concreto recurso, podemos destacar:

- El operador público Correos, que lleva su actividad en este mercado a través de dos sociedades, la filial CEX, que ofrece productos con plazos de entrega inferiores a 24 horas, y la matriz, la Sociedad Estatal Correos (CORREOS), que completa la oferta de servicios de paquetería de menor valor añadido con plazos de entrega superiores a 24 horas. Y los

- Revendedores, de acuerdo con la ya citada Decisión de la CE en el asunto COMP/M.6570 UPS/TNT Express, también son operadores en este mercado determinados proveedores de servicios de paquetería que no disponen de una red de distribución propia y que basan su modelo de negocio en revender los servicios contratados con otros operadores, normalmente un integrador, indicándose en la citada Decisión que dichos revendedores, desde la perspectiva del cliente final, son competidores directos de los citados operadores de paquetería, que a su vez son sus proveedores de servicios. En esta categoría se enmarcarían, entre otras, MBE y su red de franquiciados.

Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la CNMC aborda la relación de hechos acreditados mencionando las principales fuentes de información que le han permitido constatarlos, en particular la información aportada por GLS en su solicitud de exención del pago de la multa; la información recabada por la Dirección de Competencia en las inspecciones realizadas en las sedes de CEX (noviembre de 2015) y de REDYSER, ICS y MBE (abril de 2016) y las contestaciones a los requerimientos de información efectuados a las empresas incoadas.

Sobre la base de dicha información, considera acreditada la existencia de diez pactos bilaterales de no agresión destinados al reparto de todos los clientes, pactos acordados por CEX con GLS, con ICS, con FEDEX, con MBE y con REDYSER; por MBE con UPS, con TNT, con FEDEX y el ya citado con CEX; y por ICS con DHL, con TOURLINE y el ya citado con CEX.

Estos pactos habrían tenido una duración variable y se plasmaron por escrito en tres casos (relaciones de ICS con CEX, TOURLINE y DHL), en los que los contratos incluyen una cláusula de no competencia. En otros seis casos (relaciones de CEX con GLS, con FEDEX y con MBE, y de MBE con TNT, con FEDEX y con UPS), los acuerdos de comercialización no contienen una cláusula de no competencia, de tal forma que el pacto de respeto de clientes era verbal, acordado de forma paralela al acuerdo de prestación de servicios celebrado por escrito.

Para el análisis del carácter anticompetitivo de los pactos de no agresión o de respeto de clientes, la CNMC distingue dos tipos de relaciones entre los operadores. Por un lado, lo que califica como *Operaciones Principales*, las relaciones, recogidas en contratos y por escrito, de subcontratación, comercialización o prestación de determinados servicios de mensajería y paquetería, habituales en el sector debido a la alta complementariedad de las redes entre los operadores. Y, por otro lado, los citados *Pactos de no agresión*, acuerdos verbales por los que ambas partes en la relación de comercialización impiden a la otra realizar acciones comerciales sobre cualquiera de los clientes de la contraparte (y sin que sean objeto de la operación principal subyacente), resultando en un reparto de clientes entre sí.

Especifica la propia resolución que las primeras no se cuestionan en su licitud, de tal forma que serían solo los pactos de no agresión concluidos entre algunos operadores, y cuyo resultado sería el reparto de todos sus clientes entre sí, los que se investigan y, finalmente, sancionan, en la medida en que obstaculizan o impiden el acceso mutuo de un operador a los clientes de la contraparte.

TERCERO.- La CNMC detalla de manera singularizada los hechos acreditados en relación con cada una de las prácticas anticompetitivas que detecta y, en cuanto ahora interesa, y respecto del reparto de clientes entre MBE, entidad recurrente, y otras empresas competidoras, pone de manifiesto que la entidad aquí recurrente comercializa a través de su red de franquiciados servicios de mensajería y paquetería empresarial. No obstante, al carecer de medios propios para la prestación del servicio de distribución de los envíos, necesitaría subcontratar su prestación a otras empresas de mensajería y paquetería, por lo que MBE tiene suscritos acuerdos -que entrarían dentro de la calificación de operaciones principales a las que aludíamos antes- al menos con UPS, TNT, FEDEX y CEX. En ellos se establecen las condiciones marco de la prestación por éstos de



los servicios de recogida, transporte y entrega de los envíos en su destino final; condiciones que se aplicarían a los franquiciados de MBE previa suscripción individualizada por éstos de un acuerdo de adhesión.

También describe las diferencias del acuerdo entre MBE y UPS en la medida en que MBE estaba integrada en el grupo de UPS hasta el año 2009, y alude al acuerdo marco suscrito entre ambas en 2015 en el cual se incluyeron dos cláusulas por las que MBE y UPS se comprometían a abstenerse de realizar cualquier tipo de venta activa a clientes de la contraparte; significando que los acuerdos restantes de MBE con TNT, con FEDEX y con CEX no contienen una cláusula de no competencia, si bien en todos los casos se habría acreditado una política de respeto de clientes por parte de MBE, reflejada en los programas de formación de nuevos franquiciados y en los mensajes que dirigidos a la red de franquiciados, asumiéndose en los documentos organizativos internos de organización y gestión de MBE.

La resolución dedica epígrafes sucesivos a los pactos de respeto de clientes entre MBE y UPS, TNT y CEX, en los que detalla los hechos que evidenciarían su existencia, con expresa referencia a las pruebas que los justifican (páginas 50 a 69, epígrafes 3.1 a 3.5 de le apartado IV, sobre Hechos Acreditados). Hechos a los que nos remitimos aquí, deteniéndonos en su análisis solo en cuanto se cuestionen por la entidad recurrente, que no incide especialmente en la insuficiente acreditación de los hechos que sustentan la imputación sino en lo que entiende ha sido una errónea calificación jurídica de estos por parte de la CNMC, primero de los motivos de los motivos de su demanda.

CUARTO.- En efecto, y tras resumir la posición adoptada por la CNMC en la resolución acerca de la conducta de MBE y los pactos calificados como de no agresión o de respeto recíproco de clientes con cada uno de sus cuatro proveedores (UPS, TNT, FEDEX y CEX), la actora rechaza la calificación que hace la Comisión de estos acuerdos como constitutivos de una infracción única y continuada subsumible en el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE.

Para ello parte de la consideración de que la resolución recurrida incurre en graves errores interpretativos especialmente en cuanto a la determinación de la naturaleza de la relación existente entre los revendedores y los integradores, y denuncia que no tiene en cuenta las conclusiones alcanzadas en las Decisiones de la Comisión Europea (*UPS/TNT Express* y *Fedex/TNT*) que analizaron de manera exhaustiva los mercados afectados, y de las que cabría concluir que no puede apreciarse en realidad una relación de competencia entre los agentes económicos intervinientes (cuatro integradores -UPS, TNT, Fedex, CEX- respecto de su revendedor -MBE-) atendidas las diferencias estructurales entre ellos, disparidades evidenciadas en aspectos como "*... la clientela, la capilaridad, el alcance, la dimensión internacional, la infraestructura y el precio establecido por los operadores*", entre otros extremos.

Advierte que las citadas Decisiones ponen de manifiesto que "*... los revendedores, a diferencia de lo sostenido en la Resolución, no ejercen una presión competitiva sobre los integradores y, en esencia, no son competidores en el mercado de la mensajería y paquetería empresarial. Y ello no podría ser de otro modo, ya que el negocio propio de los revendedores depende en gran medida de los acuerdos de prestación de servicios que tienen con los integradores nacionales e internacionales. A su vez, el modelo de negocio de los revendedores resulta útil para los integradores ya que consiguen, a través de los mismos, alcanzar a un segmento de clientes -básicamente, particulares y pequeña y mediana empresa- que, al representar poco volumen de forma individual, no resultaría eficiente para los integradores servir de forma individualizada*".

Bajo este esquema general, MBE concluye que "*... entre los integradores, nacionales e internacionales, que ofrecen sus servicios de envío a nivel mayorista, y los revendedores, que utilizan el servicio contratado con los integradores como input esencial para poder proveer los servicios de mensajería y paquetería empresarial a los clientes finales, solo les vincula relaciones de naturaleza vertical. Ambos tipos de operadores están vinculados verticalmente, sin poder identificar una competencia entre ambos, a la luz de los obstáculos que existen para que dicha competencia se produzca*".

Admite que, en casos que califica de muy puntuales, y "de forma residual", revendedor e integrador pueden coincidir en la prestación de servicios de mensajería y paquetería a determinados clientes, pero insiste en que esta coincidencia se reduciría a casos muy concretos y, aun aceptando que respecto de estos clientes revendedor e integrador podrían considerarse competidores, se trataría de una realidad amparada por la normativa de competencia.

Y a estas razones añade una crítica al análisis de las conductas llevado a cabo por la CNMC y que califica de "insuficiente, inconsistente, confuso y ambiguo", denunciando la dificultad que de ello se deriva para poder ejercer el derecho de defensa por no tener el pleno conocimiento de los motivos y del razonamiento que habrían llevado a imputar a MBE la comisión de las infracciones muy graves que se sancionan.

Pues bien, la cuestión, de evidente relevancia, de la determinación de si integradores y revendedores son o no competidores en el mercado afectado, es abordada de manera expresa en la resolución recurrida.

En síntesis, justifica esa condición de competidores en que:

- Todos ellos ofrecen servicios de mensajería y paquetería empresarial, al margen de que estén más especializados en un tipo de clientes (pequeños, grandes, servicios bancarios...), si bien todos ellos compiten por captar determinados clientes a nivel minorista.

Esta Sala considera que tal circunstancia es incuestionable, y a ella no obsta que subcontraten servicios precisamente para poder competir en la comercialización del servicio minorista, aguas abajo. Sea con medios propios o ajenos, subcontratados, se ha acreditado la actividad comercial de captación de clientes en el mercado afectado.

- El hecho de que se haya acreditado la existencia de pactos de no agresión o de respeto de clientes es incompatible con la afirmación de que no son competidores en el mismo mercado. Tales pactos carecen de sentido en otro caso. Y la acreditación de la existencia de esos acuerdos se pone de manifiesto en los apartados 199 a 333 del PCH, que se sustenta en la información obtenida en la inspección realizada los días 20 y 21 de abril de 2016 en la sede de MBE y en las contestaciones a los requerimientos de información realizados a MBE (folios 1548 a 1618, 2858 a 2877 y 6509 a 655), UPS (folios 2653 a 2686 y 7946 a 8169), TNT (folios 2515 a 2541, 3509 a 3511 y 5960 a 6155), FEDEX (folios 2085 a 2221 y CEX (folios 1707 a 2084).

En rigor, la entidad recurrente no ha desvirtuado la realidad de los pactos que tiene, a nuestro juicio, una prueba suficiente a lo largo del expediente administrativo.

Así, y respecto de la relación con UPS, puede citarse el correo de septiembre de 2009 -folios 3703 a 3706- entre un franquiciado de MBE y el Jefe de Red y Operaciones de MBE al expresar o siguiente:

"Quiero recordar ahora que hay nuevas incorporaciones de franquiciados algunos de los principios en los que estamos basando nuestros éxitos.

(...) Estos aspectos se suelen corresponder con algunas reglas que desarrollamos entre los centros MBE y UPS en nuestro comportamiento en el mercado y que detallo a continuación: b) Respeto absoluto a los clientes que UPS pueda tener en nuestra zona. La regla de oro no escrita es "si es cliente de UPS, me despido agradeciendo su atención al cliente potencial, a la inversa lo exigimos absolutamente igual". Si en algún caso nos viésemos comprometidos o forzados, presentar una tarifa cara tras consultarlo con el comercial de UPS (ídem si ocurriese lo mismo con otro centro MBE)

(...)"

También se refleja en diversos incidentes comerciales originados por quejas relacionadas con intromisiones comerciales y a los que hace explícita mención la resolución recurrida, con referencia concreta a las fechas y a la constancia documental en el expediente de los ficheros y de los correos electrónicos que los acreditan.

En cuanto a la relación con TNT, la existencia del pacto de no agresión se justifica de manera muy expresiva, por ejemplo, con la encuesta realizada en junio de 2009 por MBE a todos sus franquiciados en la que les formuló varias preguntas después de analizar las ventajas e inconvenientes de trabajar con TNT y relacionadas precisamente con el acuerdo de respeto comercial entre las dos. Las preguntas eran las siguientes:

"(...) 1-Consideráis interesante el acuerdo de TNT?

2-Mantendríaís el respeto comercial entre ambas compañías en todos los servicios?

3-Mantendríaís el respeto comercial para el servicio de carga?

4-Mantendríaís el respeto comercial para el servicio Express?

5-Consideráis que si eliminamos el respeto comercial en alguno de los dos servicios nos beneficiaría?

6-Si eliminamos el respeto comercial, nos puede perjudicar en nuestra cartera de clientes actual?"

Puede también destacarse el correo interno de MBE (folio 3747) en el que se alude a una reunión que tuvo lugar en mayo de 2010 entre TNT y MBE en la que se discutió el "respeto de clientes". En el correo se decía que *"En un principio todo arreglado después de la conversación con los representantes de tnt, respetarán a todo cliente que sea nuestro, y podrán ofrecer los servicios que no hagan con nosotros"*.

La prueba justificativa de los acuerdos con FEDEX es muy similar y se manifiesta en la existencia de conflictos comerciales a los que responde precisamente una reunión celebrada entre FEDEX y MBE en febrero de 2014 para tratar, entre otros temas, los incidentes comerciales (folios 4486 a 4488) y de la que es manifestación el correo enviado en abril de 2014 por el Director de Ventas Red y Operaciones de MBE a los directivos de

FEDEX que participaron en la reunión (folios 4076 y 4077), mostrándoles su preocupación por las prácticas comerciales realizadas por FEDEX. En dicho correo se dice que *"Como os comentaba en mi mail del 7 de marzo estamos realmente preocupados con las prácticas comerciales que FEDEX está desempeñando en los últimos meses. Hemos recibido quejas de Barcelona, Madrid, Extremadura, Ciudad Real y otros puntos de España indicándonos la intromisión de FEDEX en clientes MBE, ofertando en muchos de los casos tarifas por debajo de nuestro coste. En la última reunión quedó muy claro por ambas partes que la clave para la buena relación, y aumento de compra, entre MBE y FEDEX se basa en la colaboración mutua y respeto de los clientes. Os pedimos que recalcaseis el mensaje a vuestra red de ventas para evitar casos como los que estamos "peleando" últimamente."*

Y la justificación de los pactos es asimismo incuestionable, a juicio de esta Sala, en el caso de CEX, uno de los proveedores de servicios de envíos nacionales de MBE, a la vista de la prueba relacionada en el punto 3.4 del apartado IV, sobre *Hechos Acreditados*, de la resolución

Puede mencionarse el correo electrónico de febrero de 2012 (folio 3989) en relación con un conflicto en Granada, y en el que un directivo de MBE pregunta a CEX lo siguiente:

" El acuerdo y pacto entre MBE y Chrono en relación al respeto mutuo de clientes también se hace extensible a los comerciales de Correos?? Entendemos que sí..."

Y también los incidentes comerciales a los que alude la resolución como el que resulta de un correo electrónico de noviembre de 2015 (folio 4321), a propósito de una queja formulada por un franquiciado MBE por la intromisión de CEX en uno de sus clientes, y en contestación al cual el directivo de CEX reconoció que sus comerciales tenían "prohibido ofertar a clientes de MBE". O el correo electrónico de 15 de abril de 2016 (folios 4393 a 4402), en el que un directivo de MBE solicita a CEX que lleve a cabo la retirada de una oferta realizada a un cliente de MBE COMERCIAL CARVAJAL JABUGO, lo que se hizo en el mismo mes de abril de 2016.

La prueba descrita es tan gráfica que no cabe sino considerar suficientemente acreditada la existencia de los tan repetidos pactos de no agresión y respeto de clientes, y con ello evidenciada la condición de competidores en el mercado minorista de paquetería y mensajería empresarial de MBE y las empresas integradoras UPS, TNT, FEDEX y CEX, en los términos en que lo recoge la resolución recurrida, por lo que procede rechazar este motivo de la demanda.

QUINTO.- Procede plantearse entonces, a la vista de las alegaciones formuladas por la demandante, si, como sostiene, los pactos pudieran ser considerados restricciones accesorias a las operaciones principales lícitas que son las que vinculan a MBE con los integradores UPS, TNT, FEDEX y CEX.

Afirma en este sentido la recurrente que no existe una infracción del artículo 1 de la LDC y del 101 del TFUE, y aún menos una infracción constitutiva de cártel, puesto que las conductas analizadas se corresponden con prácticas de naturaleza vertical que se encontrarían amparadas por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril, sobre la aplicación del artículo 101.3 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (REC).

Además, mantiene también que las prácticas sancionadas podrían ser consideradas restricciones accesorias frente al criterio mantenido por la CNMC, que rechaza esa posibilidad.

El análisis de esta segunda cuestión exige partir de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, hoy 101 del TFUE, y en particular de su apartado 29, según el cual *"En Derecho de competencia comunitario el concepto de restricciones accesorias comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva y sea necesaria y proporcionada a la misma. Cuando un acuerdo, por ejemplo, de distribución o de empresa en participación, atendiendo a sus aspectos fundamentales, no tiene por objeto o por efecto restringir el juego de la competencia, tampoco se aplica el apartado 1 del artículo 81 a las restricciones directamente relacionadas con la realización de la operación y necesarias para la misma. Este tipo de restricciones se denominan accesorias. Una restricción está directamente relacionada con la operación principal cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma. El criterio de necesidad implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma. Por tanto, el examen de las restricciones accesorias es similar al examen recogido en el apartado 18. Sin embargo, el examen de las restricciones auxiliares se aplica en todos los casos en los que la operación principal no sea restrictiva de la competencia. No se limita a la determinación de los efectos del acuerdo en la competencia intramarca"*

Los criterios de necesidad y proporcionalidad de la restricción son consustanciales a la posibilidad de admitir su carácter no anticompetitivo, tal y como refleja la sentencia del TJUE de 11 septiembre 2014, asunto C-382/12 MasterCard y otros/Comisión, en la cual se hacen las consideraciones siguientes:



"89 Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que si una operación o una actividad determinada no está comprendida en el principio de prohibición previsto en el artículo 81 CE , apartado 1, por su neutralidad o por su efecto positivo en el ámbito de la competencia, una restricción de la autonomía comercial de uno o varios de los participantes en dicha operación o actividad tampoco está comprendida en dicho principio si tal restricción es necesaria objetivamente para la puesta en marcha de la mencionada operación o actividad y proporcionada a los objetivos de una u otra (véanse en este sentido, en particular, las sentencias Remia y otros/Comisión, 42/84, EU:C:1985:327, apartados 19 y 20; Pronuptia de Paris, 161/84, EU:C:1986:41 , apartados 15 a 17; DLG, C-250/92 , EU:C:1994:413 , apartado 35, así como Oude Luttikhuis y otros, C-399/93 , EU:C:1995:434 , apartados 12 a 15).

90 En efecto, cuando no es posible disociar tal restricción de la operación o la actividad principal sin comprometer la existencia y los objetos de éstos, se debe examinar la compatibilidad de dicha restricción con el artículo 81 CE conjuntamente con la compatibilidad de la operación o de la actividad principal de la cual es accesoria, y ello aun cuando, tomada de forma aislada, dicha restricción pudiera parecer, a primera vista, comprendida en el principio de prohibición del artículo 81 CE , apartado 1.

91 Cuando se trata de determinar si una restricción contraria a la competencia puede eludir la prohibición prevista en el artículo 81 CE , apartado 1, sobre la base de que es accesoria con respecto a una operación principal que carece de dicho carácter anticompetitivo, debe averiguarse si sería imposible llevar a cabo dicha operación sin la restricción en cuestión. Contrariamente a lo que pretenden las recurrentes, por el hecho de que dicha operación sólo sería más difícilmente realizable, o generaría menos beneficios sin la restricción en cuestión, no puede considerarse que dicha restricción tenga el carácter de «objetivamente necesaria» exigible para ser calificada de accesoria. En efecto, dicha interpretación llevaría a ampliar dicho concepto a restricciones que no son estrictamente imprescindibles para llevar a cabo la operación principal. Dicho resultado sería contrario al efecto útil de la prohibición prevista en el artículo 81 CE , apartado 1.

92 En todo caso, dicha interpretación no lleva a crear una amalgama entre, por una parte, los requisitos planteados por la jurisprudencia para calificar, a los efectos del artículo 81 CE , apartado 1, una restricción como accesoria y, por otra parte, el criterio del carácter indispensable exigido en virtud del artículo 81 CE , apartado 3, para que una restricción prohibida pueda disfrutar de una exención.

93 A este respecto, basta recordar que estas dos normas persiguen objetivos diferentes y que este último criterio se refiere a la cuestión de si una forma de coordinación entre empresas que tenga sensibles efectos negativos sobre parámetros de la competencia en el mercado tales como el precio, la cantidad y la calidad de los productos o de los servicios, y que está comprendida, por ello, dentro del principio de prohibición previsto en el artículo 81 CE , apartado 1, puede, a pesar de ello, ser considerada, en el contexto del artículo 81 CE , apartado 3, como indispensable para la mejora de la producción o la distribución o el fomento del progreso técnico o económico, y reserve a los usuarios una participación equitativa en el beneficio que resulte. Por el contrario, tal y como resulta de los apartados 89 y 90 de esta sentencia, el criterio de la necesidad objetiva, en el sentido de dichos apartados, se refiere a la cuestión de si, a falta de una determinada restricción de la autonomía comercial, una operación o una actividad principal que no esté comprendida en la prohibición enunciada en el artículo 81 CE , apartado 1 y con respecto a la cual dicha restricción es secundaria, no podría realizarse o continuar.

94 Por tanto, al declarar, en el apartado 89 de la sentencia recurrida, que «sólo las restricciones necesarias para que la operación principal pueda funcionar, como exigencia absoluta, pueden considerarse incluidas en el ámbito de aplicación de la teoría de las restricciones accesorias» y al concluir, en el apartado 90 de la sentencia recurrida, que «el hecho de que la inexistencia de las TMI pueda tener consecuencias negativas en el funcionamiento del sistema MasterCard no implica por sí solo que las TMI deban considerarse objetivamente necesarias, si del examen del sistema MasterCard en su contexto económico y jurídico se dedujera que puede seguir funcionando sin ellas», el Tribunal no cometió un error de Derecho".

Criterio que reitera la Sentencia del TJUE de 23 de enero de 2018, asunto C-179/16, asunto Hoffman-La Roche y otros / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ya en relación al artículo 101 del TFUE.

En el caso que analizamos, de ningún modo cabe calificar los pactos de no agresión y respeto de clientes como restricciones accesorias por cuanto no son imprescindibles, en los estrictos términos en que lo exige el TJUE, para llevar a cabo la operación principal identificada con la relación entre integrador y revendedor.

Resultan ilustrativos de ello, entre otros muchos ejemplos que refleja la resolución recurrida con cita de los documentos del expediente que los recogen, los correos remitidos el 8 y el 9 de junio de 2011 entre el Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE y Jefe de Ventas de la Zona Norte de TNT, en copia el Director de Red y Operaciones de MBE y TNT (folios 3939 a 3942), donde se afirma "La política que nosotros estamos aplicando, es que cuando nos encontramos con un cliente que trabaja con MBE, no ofertamos. Salvo en los casos de tráfico separados de nacional e internacional. De esta forma evitamos malentendidos. La frontera entre envíos de camión, avión, export o import no siempre es tan clara como el cliente nos explica.". O el correo electrónico enviado por el



Gerente Nacional de Ventas de TNT al Jefe de Apoyo a Franquicia de MBE que consta parcialmente transcrito en documento recabado en la inspección de MBE (folios 4482 y 4483), en el que TNT afirma que "(...) *no podemos permitir que se utilice nuestra red para interferir en nuestras relaciones con clientes de TNT, por lo que mantenemos nuestra postura y, a nuestro pesar, hemos tomado la decisión de no trabajar con esta franquicia porque no cumple nuestro acuerdo de confianza, que es para TNT indispensable para que nuestra relación sea duradera.*"-

También son constantes entre MBE y UPS las referencias a un pacto de no agresión, y ejemplo de ello es el correo electrónico con asunto "RV: *La importancia de nuestra imagen de Red*", remitido el 28 de septiembre de 2009 por un franquiciado de MBE al Jefe de Red y Operaciones de MBE (folios 3703 a 3706) en el que se alude al "Respeto absoluto a los clientes que UPS pueda tener en nuestra zona. La regla de oro no escrita es *"si es cliente de UPS, me despido agradeciendo su atención al cliente potencial, a la inversa lo exigimos absolutamente igual". Si en algún caso nos viésemos comprometidos o forzados, presentar una tarifa cara tras consultarlo con el comercial de UPS (ídem si ocurriese lo mismo con otro centro MBE) (...)*".

Y otro tanto sucede con FEDEX y con CEX, de los que se citan varios ejemplos en la resolución con remisión a la justificación documental de los mismos en el expediente.

Es también significativo de que los acuerdos restrictivos no son consustanciales a la operación principal el hecho de que otros operadores del sector no han concluido estos acuerdos de reparto de mercado pese a desarrollar actividades comerciales idénticas a las de subcontratación lícitas que realizan las imputadas. Cita la resolución los casos de MENSYTRANS, FUTURAKUL S.L., y DUE LOGÍSTICA ALMACENAJE Y TRANSPORTE 2007, de acuerdo con información aportada a requerimiento de la Dirección de Competencia (folios 3359 a 3395, de 4792 a 4858, y de 4859 a 4880), supuestos en los que no se encontraron evidencias de prácticas similares a las imputadas en este expediente.

Desde luego, no se ofrece en la demanda, ni en el informe pericial aportado por MBE, ninguna explicación razonable de que los acuerdos que evidencian estos correos resultaran imprescindibles para la viabilidad de la operación principal y subyacente en la relación comercial lícita entre MBE, por un lado, y UPS, TNT, FEDEX y CEX, por otro.

SEXTO.- Rechazada, sin necesidad de otras consideraciones, la posibilidad de calificar los pactos sancionados como restricciones accesorias, procede plantearse si, como sostiene la actora, "*... aunque se aceptara la aplicación del artículo 1.1 LDC y 101.1 TFUE (por tanto, asumiendo que nos encontramos ante restricciones de la competencia), las eventuales restricciones incluidas en los acuerdos verticales deben quedar exentas por los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE (ya sea vía REC o de manera directa)*".

En cuanto a la aplicación del Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril, sobre aplicación del artículo 101.3 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas -hoy sustituido, por expiración de su vigencia, por el Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas-, recuerda MBE que, conforme a su artículo 2.1, el artículo 101.1 del TFUE no se aplicará a los acuerdos verticales que cumplan sus condiciones.

Remite a los artículos 4 y 5 del REC, que contienen el listado de restricciones que retirarían el beneficio de la exención por categorías y un listado de restricciones excluidas, respectivamente, y se refiere en concreto al artículo 4.b), que impide la aplicación de la exención prevista en el artículo 2 a aquellos "*acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación de otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto la restricción del territorio en el que, o de la clientela a la que, el comprador parte del acuerdo, sin perjuicio de una restricción sobre su lugar de establecimiento pueda vender los bienes o servicios contractuales*".

Pero advierte que el mismo precepto prevé que la retirada de la exención no se aplicará en supuestos de restricción de ventas activas al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor, en caso de que tal prohibición no limite las ventas de los clientes del comprador. E invoca en la misma línea las Directrices relativas a las restricciones verticales de 2010 -recientemente sustituidas por las Directrices relativas a las restricciones verticales 2022/ C 248/01-. En particular, destaca que las Directrices de verticales prevén en su párrafo 51 que el REC permite a los proveedores restringir las ventas activas efectuadas por sus compradores directos a un grupo de clientes que el proveedor se ha reservado para sí, y especifican que dicha reserva debe permitir, sin embargo, las ventas pasivas a dichos clientes. Y se refiere a que las Directrices de verticales aclaran que el artículo 4.b) sólo se refiere a las restricciones de ventas impuestas al comprador o sus clientes, lo cual implica que las restricciones de las ventas del proveedor no constituyen una restricción especialmente grave.



De todo ello concluye que "(a) La restricción de las ventas activas y pasivas del proveedor a clientes del comprador no constituyen una restricción especialmente grave de acuerdo con el artículo 4 del REC. Por consiguiente, no serían problemáticas en el marco de un acuerdo vertical.

(b) Se permite a los proveedores restringir las ventas activas efectuadas por sus compradores directos a un grupo de clientes que se ha reservado para sí. Por consiguiente, dicha restricción tampoco constituiría una restricción especialmente grave de acuerdo con el artículo 4 del REC.

(c) No se permite a los proveedores restringir las ventas pasivas efectuadas por sus compradores directos. Por lo tanto, la restricción de las ventas pasivas de los compradores directos constituye una restricción especialmente grave de acuerdo con el artículo 4 del REC".

Lo que le lleva a considerar, de acuerdo con los argumentos que expone en la demanda, que las restricciones de ventas establecidas entre MBE y sus proveedores no merecen la calificación de especialmente graves.

La Sala no comparte, sin embargo, esta afirmación.

Recordemos que conforme al artículo 2 del REC de 2010, "1. Con arreglo al artículo 101, apartado 3, del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, se declara que el artículo 101, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los «acuerdos verticales». Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan «restricciones verticales»".

Y en su apartado 4 dispone que "La exención prevista en el apartado 1 no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras. No obstante, se aplicará cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y:

(...)

b) el proveedor sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministre sus bienes y servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales".

Por su parte, establece el artículo 4, sobre Restricciones que retiran el beneficio de la exención por categorías (restricciones especialmente graves), lo siguiente:

"La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto:

(...)

b) la restricción del territorio en el que, o de la clientela a la que, el comprador parte del acuerdo, sin perjuicio de una restricción sobre su lugar de establecimiento, pueda vender los bienes o servicios contractuales, excepto:

i) la restricción de ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva por el proveedor a otro comprador, cuando tal prohibición no limite las ventas de los clientes del comprador, (...)".

Pues bien, el alcance de tales preceptos en cuanto a la exención de la aplicación del artículo 101.1 a los acuerdos verticales, y no obstante los esfuerzos argumentales desplegados en la demanda, se condiciona a que las empresas que actúan en esa relación vertical no sean competidoras entre sí, cuando es lo cierto que, como hemos dicho antes, ratificando en ello las conclusiones de la CNMC, no albergamos duda alguna de que MBE, por un lado, y los integradores UPS, TNT, FEEX y CEX, por otro, compiten en el mercado minorista de prestación de servicios de paquetería empresarial, al margen de la existencia de una relación vertical lícita entre ellos.

El artículo 2.4 del REC determina por tanto la aplicación del artículo 101 en caso de que se trate de competidores, por lo que la cuestión se reconduce a determinar si podría admitirse, como sostiene MBE, que es aplicable la excepción contemplada en el apartado b) del mismo artículo 2.4, es decir, cuando se trate de empresas competidoras que hayan suscrito un acuerdo vertical no recíproco y además "... el proveedor sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministre sus bienes y servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales".

La recurrente razona que ese sería su caso por cuanto "... (i) el acuerdo vertical entre MBE y sus proveedores es de carácter no recíproco; y (ii) MBE es una empresa que opera a nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel mayorista (recordemos que MBE no tiene medios para operar en dicho mercado)".

Sin embargo, es obvio que la exención que se contempla en ese caso alcanza solo a las relaciones verticales y a los acuerdos adoptados en el marco de dichas relaciones, pero no a los que ahora se sancionan, adoptados entre operadores del mismo mercado minorista que tienen por objeto un reparto de clientes, y que suponen una restricción de la clientela a la que el comprador, MBE, podía vender los bienes y servicios contractuales, pues determinan que MBE no podía dirigirse a los clientes de sus proveedores. Coincidimos, por tanto, con la apreciación de la resolución cuando declara que *"Ello constituye, de acuerdo con el artículo 4 b) del REC una restricción muy grave, no amparada por ninguna de las excepciones previstas en ese mismo precepto, que queda al margen de la exención y amparo del Reglamento que CEX invoca y que constituye una restricción por su objeto, que no es otro que el de repartirse el mercado mediante un reparto de clientes injustificado"*.

Y es que el análisis de las restricciones verticales y las posibles exenciones a la aplicación del artículo 101 derivadas de la aplicación del REC tropiezan, en definitiva, con el hecho incuestionable, a juicio de la Sala, de los acuerdos de no agresión o respeto de clientes se mueven en un plano horizontal por la condición de competidoras en un mismo mercado, el de servicios minoristas de paquetería y mensajería empresarial, de las empresas que los suscribieron.

SÉPTIMO.- A juicio de la demandante, los acuerdos entre MBE y sus proveedores cumplirían, por otra parte, las condiciones previstas en el artículo 101.3 del TFUE y del artículo 1.3 de la LDC atendido su tenor literal, que prevé la inaplicación del 101.1 TFUE respecto a aquellos acuerdos *" que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate"*.

Con independencia de lo dicho en el fundamento anterior, la constancia de un pacto cuyo efecto inmediato es la restricción de la competencia exige una prueba cumplida de que concurren las circunstancias del transcrito apartado 3 del artículo 101 en cuanto a la mejora de la producción o la distribución de los productos, el fomento del progreso técnico o económico, y la reserva a los usuarios de una participación equitativa en el beneficio resultante. Y además que los acuerdos adoptados no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos.

Nada de esto se produce en el caso analizado, en el que no se han acreditado dichos efectos beneficiosos y, por el contrario, se ha generado una clara restricción en el acceso a clientes que en modo alguno resultaba imprescindible para, hipotéticamente, alcanzar esa mejora de producción o distribución, ni el fomento en el progreso técnico o económico.

No lo acredita, desde luego, el informe pericial aportado con la demanda, que afirma en su apartado 5.4 que *"Un escenario alternativo sin restricciones a las ventas no generaría incentivos para celebrar los acuerdos verticales, lo que provocaría una reducción del bienestar general"*, pues parte en su análisis de una calificación de los pactos de no agresión o de respeto de clientes como meras restricciones a las ventas circunscritas al marco de las relaciones verticales, y de la negación de la condición de posibles competidores a integradores y revendedores, en contra de lo que venimos razonando.

OCTAVO.- Propone MBE que se aplique, en cualquier caso, la regla de *minimis* por entender que estamos en el supuesto del artículo 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Recordemos que, conforme a dicho precepto, *"Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado"*.

Sobre esta cuestión hemos tenido ocasión de reiterar en diversas sentencias (entre las más recientes, la de 9 de junio de 2021, recurso núm. 499/14, o la de 28 de julio de 2020, recurso núm. 479/16) que la exclusión que contempla el artículo 5 no resulta aplicable a los casos previstos en el artículo 2 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, en el que se relacionan las conductas excluidas del concepto de menor importancia.

Dispone dicho artículo que *"1. Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes:*

a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros;



b) la limitación de la producción o las ventas; c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones".

Precepto coherente, por lo demás, con las previsiones de la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de minimis 2014/291/01).

En el caso de autos, no hay duda de que la actividad de las empresas sancionadas se ha encaminado al reparto de clientes mediante los pactos de no agresión, por lo que juega la excepción a la regla del artículo 2.1.c) del Reglamento de Defensa de la Competencia e impide que la conducta pueda ser calificada como de menor importancia.

La menor relevancia que pueda atribuirse a la conducta de la entidad recurrente y que esta reclama en atención a la cuota de los franquiciados de MBE en el mercado de servicios de paquetería y mensajería en España, inferior al 2,5% en el año 2017, no la exime de responsabilidad en una infracción caracterizada por el objeto, y no por sus efectos, pues esa limitada relevancia ha de tener sus consecuencias, como las ha tenido, en la determinación del importe de la multa impuesta.

NOVENO.- Se afirma en la demanda que la CNMC ha incurrido en errores jurídicos e infracciones del ordenamiento al fijar el importe de la sanción, resultando arbitraria, por inmotivada, además de discriminatoria y desproporcionada.

Parte MBE del análisis de los diferentes aspectos contemplados en el artículo 64 de la Ley 15/2007 para la cuantificación de las sanciones -dimensión y características del mercado afectado por la infracción, cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, el alcance de la infracción, sus efectos sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción o la duración de esta-, y considera que no se han explicitado los motivos que han llevado a la resolución a determinar la cuantía de las multas que finalmente le impone, por lo que, dice, "...adolece de una falta de motivación de la sanción de tal magnitud, que los importes de las sanciones resultantes son, en opinión de MBE, completamente arbitrarios, resultando en una vulneración flagrante de sus derechos de defensa".

Frente a ello ha de decirse que el sistema seguido aquí por la CNMC para cuantificar las multas es el mismo que ha aplicado en otros casos análogos y que ha sido ya enjuiciado por esta Sala en pronunciamientos anteriores; y tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, el Tribunal Supremo rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como "umbrales de nivelación" (o "límites extrínsecos", como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009. Considerando que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, su duración, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la misma.

Razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2017, y recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica, por lo que dicho porcentaje, el 10%, debe reservarse como respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría. En consecuencia, analiza a continuación los factores que han de determinar el porcentaje que, con ese límite máximo, resulta oportuno aplicar en cada caso, especificando los criterios seguidos para la cuantificación -se refiere de manera individualizada a cada uno de los pactos de no agresión suscritos por MBE con UPS, TNT, FEDEX y CEX, respectivamente-, de tal manera que en cada uno de ellos tiene en cuenta la duración de la conducta, así como la no concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes, y el hecho de que el principio de proporcionalidad podría verse comprometido en el

caso de aquellas empresas que ya han sido sancionadas por otra conducta, como ocurriría precisamente en el caso con MBE, lo que lleva a la CNMC a modular las sanciones adicionales correspondientes a conductas de menor dimensión.

Es también el ajuste al principio de proporcionalidad lo que lleva a la resolución a razonar que, aunque el tipo sancionador que corresponde imponer fuese proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva, por lo que considera necesario *"... estimar un valor de referencia con el que comparar la multa que se derivaría del tipo sancionador total que correspondería imponer a las infractoras. Ese valor de referencia se obtiene primero a partir de una estimación del beneficio ilícito que la empresa infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede determinarse como beneficio ilícito potencial) y teniendo luego en cuenta un factor incremental para asegurar que la sanción es efectivamente disuasoria para las empresas infractoras"*

Toma en consideración el volumen de negocios en el mercado afectado, la participación en la infracción de MBE en cada una de las conductas sancionadas (18,9% en el caso del pacto con UPS, 34,2% en el del TNT, 65,5% en el de FEDEX y 26,9% en el de CEX) y el volumen de negocios total en 2017 (7.935.634 de euros), y sobre esta base concreta, dentro de la escala legal que discurre desde el importe mínimo hasta el 10% del volumen total de negocios, fija el tipo sancionador correspondiente (1,6% en el caso del pacto con UPS, 5,3% en el de TNT, 0,60% en el de FEDEX y 1,2% en el de CEX).

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente.

En cuanto a la motivación insuficiente, baste lo que hemos expuesto sobre los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción, que habría fijado sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, además de precisar que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Hay una referencia expresa a la configuración del mercado afectado de tal modo que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la cuota en el mercado relevante- llevan a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora.

Por tanto, no puede decirse que la determinación de la sanción no resulte motivada, ni se abstraiga de parámetros de proporcionalidad, pues ha de insistirse en que las razones expuestas en la resolución dan cumplida respuesta a la exigencia a que se refiere el Tribunal Supremo siendo así que indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."*

En definitiva, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la empresa demandante.

Por último, tampoco aprecia la Sala la existencia del trato discriminatorio que denuncia MBE. En efecto, la supuesta discriminación se justifica solo por la aplicación a la recurrente del tipo sancionador más elevado, el 8,70%, de todas las empresas incoadas, pese a ser la que contaba con un volumen de negocios menor en 2017. Sin embargo, este razonamiento no tiene en cuenta que para la determinación del tipo sancionador aplicable la resolución ha tenido en cuenta los demás factores que menciona, como son la duración de la conducta y la participación en la infracción, que desvirtúan la posible consideración del trato discriminatorio bajo el análisis de un solo parámetro de cuantificación.



DÉCIMO.- Directamente relacionado con lo anterior, denuncia además la empresa demandante que se vulneró su derecho a la defensa pues en la propuesta de resolución no se concretó el importe de la multa "... *siquiera por medio de rangos u horquillas*".

Respecto de esta cuestión ha de reiterarse el criterio mantenido por la Sala en pronunciamientos anteriores en los que se ha abordado el mismo asunto, criterio que parte de la especial regulación que al respecto se contiene en el Reglamento de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 34 establece que "*La propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio . Cuando la Dirección de Investigación considere que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas pondrá de manifiesto dicha circunstancia en su propuesta de resolución*".

No exige, por tanto, que se concrete el importe de la sanción, que corresponde determinar a la Sala de Competencia del Consejo conforme a lo dispuesto en los artículos 53.2 de la Ley de Defensa de la Competencia y 38.3 de su Reglamento.

La aplicación de las normas a las que se refiere la recurrente, en particular el artículo 135 de la ley 39/2015 o el artículo 18 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, ha de ceder ante las normas especiales que regulan esta cuestión conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la misma LDC que, bajo la rúbrica *Supletoriedad de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, dispone que "*Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 70 de esta Ley*".

En todo caso, la invocación del artículo 24 de la Constitución y de la necesaria garantía del derecho de la defensa es del todo genérica pues se vincula tan solo a la falta de mención en la propuesta de resolución del importe de la multa a imponer, sin acompañarse de un correlato en el que se exponga en qué medida y por qué concretas circunstancias esa omisión ha mermado las posibilidades de defensa de la sancionada.

DECIMOPRIMERO.- Por último, sostiene MBE que la inspección realizada en su sede es nula por cuanto la orden de investigación que le daba cobertura no se ajusta a Derecho. Y ello al no concretar las razones o indicios concretos que condujeron a la Dirección de Competencia a acordar la investigación en la sede de MBE, en contra de la jurisprudencia nacional e europea que cita.

El análisis de este motivo exige partir de una primera e importante consideración: la suficiencia de la concreción de la orden recurrida solo puede precisarse con referencia a la lesión del derecho invocado, al no contar con otros parámetros que permitan determinarla. Es decir, la orden será suficientemente precisa en la medida en que no pueda afirmarse que, por no incorporar un contenido mínimo, con la inspección se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio que garantiza el artículo 18.2 de la Constitución, o el derecho a la defensa garantizado en el artículo 24.2.

En efecto, el artículo 40.2, párrafo segundo, de la Ley 15/2007, se limita a disponer que "*A estos efectos la persona titular de la Dirección de Competencia dictará una orden de inspección que indicará los sujetos investigados, el objeto y la finalidad de la inspección, la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en esta ley, para el caso de que las entidades o sujetos obligados no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección, así como al derecho a recurrir contra la misma*".

Por su parte, el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, establece en parecidos términos que "*El personal autorizado para proceder a una inspección ejercerá sus poderes previa presentación de una autorización escrita del Director de Investigación que indique 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. La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia*".

Ninguno de dichos preceptos especifica, por tanto, un contenido concreto de la orden más allá de exigir que la misma indique el objeto y finalidad de la inspección.



En el caso que nos ocupa, la orden de investigación de 8 de abril de 2016 expresaba lo siguiente: "Esta Dirección de Competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de mensajería y paquetería comercial, constituida por los servicios urgentes de envío de documentos y paquetes de tamaño pequeño destinados a empresas a nivel nacional e internacional, consistente en un acuerdo para el reparto de clientes entre empresas de dicho sector. De conformidad con la información disponible, determinadas empresas presentes en este mercado habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas al haber acordado el reparto de clientes mediante pactos de no agresión. La materialización de estos acuerdos se habría hecho efectiva, realizándose un seguimiento del cumplimiento de estos acuerdos de reparto de clientes mediante correo electrónico, llamadas telefónicas y reuniones entre las empresas implicadas."

Es indudable que reflejaba entonces tanto el objeto como la finalidad de la inspección en los términos generales en que lo exigen los preceptos transcritos, por lo que procede determinar si lo hace con la precisión suficiente, lo que niega MBE.

Considera la Sala, sin embargo, que la recurrente debería explicar por qué la definición -insuficiente, a su juicio- del objeto y finalidad de la inspección contenida en la orden recurrida le impidió en este caso comprender su deber de colaboración, con expresa referencia a las circunstancias que produjeron esa situación y a la información, también concreta y determinada, que facilitó a los actuarios y que excedía del verdadero objeto al que debió ceñirse; y la efectiva indefensión padecida -no la simple posibilidad- con mención de los extremos que desconocía, por no especificarlos la orden de investigación, y que, de haber sido consignados en ella, le hubieran posibilitado negar una información que no obstante proporcionó.

Ciertamente, la importancia fundamental para el ejercicio del derecho de defensa a la que alude debiera tener alguna manifestación que permita constatar que, en efecto, la falta de indicación de algún otro extremo, que debiera especificar, limitó de manera real las posibilidades de defensa de la inspeccionada, algo que no resulta obvio.

Y es que, insistimos, la invocada indefensión no tiene sustento argumental más allá de la afirmación apodíctica de que se le ha causado pues se desconoce, por no explicitarlo la recurrente, la conexión entre la supuesta falta de concreción del contenido de la orden de inspección y la limitación del derecho de defensa, que debiera tener alguna manifestación en la prueba excesiva que facilitó la empresa, o en la imposibilidad de haberse opuesto a proporcionar otra innecesaria. Todo lo cual exigiría que se precisase y describiera el material probatorio afectado, lo que no se ha hecho.

Dicho esto, la Sala considera que la orden contenía en este caso las menciones imprescindibles para llevar a cabo la inspección, siguiendo con ello el criterio que hemos reflejado en otros pronunciamientos en los que se ha planteado una cuestión análoga, y así en la sentencia de 24 de mayo de 2021, recaída en el recurso núm. 2/19, seguido por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, cuyas consideraciones resultan plenamente aplicables. Y teniendo en cuenta como presupuesto necesario para el análisis de la eventual vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio que la entrada en el de OMBE fue autorizada mediante el correspondiente auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo.

Respecto del alcance de las potestades del órgano judicial al que se pide la autorización de entrada domiciliaria, recordábamos que este no es, ciertamente, el juez de la legalidad de la actuación administrativa necesitada de ejecución -juez del proceso-, sino el juez encargado de garantizar la ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto y de prevenir eventuales vulneraciones del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio -juez de garantías- reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución Española (sentencias del Tribunal Constitucional núms. 160/1991, de 18 de julio y 136/2000, de 29 de mayo).

Pero esa circunstancia no permite considerar que el juez competente actúe con una suerte de automatismo formal (sentencia del Tribunal Constitucional número 22/1984, de 17 de febrero) o sin llevar a cabo ningún tipo de control (sentencia del Tribunal Constitucional número 139/2004, de 13 de septiembre), sino que deberá comprobar (i) que el interesado es titular del domicilio en el que se autoriza la entrada; (ii) que el acto cuya ejecución se pretende tiene cierta apariencia de legalidad prima facie; (iii) que la entrada en el domicilio es necesaria para la consecución de aquélla; y (iv) que, en su caso, la medida se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho fundamental que consagra el artículo 18.2 de la Constitución que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (sentencias del Tribunal Constitucional números 76/1992, de 14 de mayo , o 139/2004, de 13 de septiembre).

En la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2020, recurso núm. 3997/19, que, a su vez, acoge la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia 8/2000, se analiza la posible vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria cuando la entrada

en el domicilio se ha autorizado por el órgano judicial competente para autorizar las entradas y registros domiciliarios, como es el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Y en ella se dice lo siguiente:

"El primer motivo del recurso invoca la causa de nulidad descrita en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992 (artículo 47.1.a de la Ley 39/2015), por haber lesionado la orden de investigación su derecho a la inviolabilidad del domicilio, susceptible de amparo constitucional. Aunque la inviolabilidad del domicilio constituye un derecho fundamental de carácter instrumental, establecido para defender y garantizar el ámbito de privacidad de la persona, sin embargo, el Tribunal Constitucional, ya desde la sentencia 137/1985 , ha reconocido también su titularidad a las personas jurídicas, aunque con una intensidad menor de protección según indica la STC 69/1999 (FJ 2), con matices que no vienen al caso. La inviolabilidad del domicilio se concreta en la interdicción de la entrada y registro domiciliario, de forma que fuera de los casos de flagrante delito, solo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial (STC 22/2003 , FD 3, y las que allí se citan).

Por tanto, al margen de los casos de flagrancia y consentimiento del titular, el registro será constitucionalmente legítimo si es autorizado mediante resolución judicial (STC 8/2000 , FD 4), que cumpla los parámetros exigidos constitucionalmente.

En este caso, la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente fue acordada por la Orden de inspección del Director de Investigación de la AVC, de fecha 24 de junio de 2016 y contó con autorización judicial acordada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 2 de Bilbao, en auto de 27 de junio de 2016 , que obra en el expediente.

El auto de autorización de entrada y registro fue recurrido en apelación por la empresa impugnada, que alegó diversos motivos de impugnación, como la falta de competencia de la AVC en el procedimiento de inspección, de la que ya hemos tratado en esta sentencia, la falta de justificación de las razones por las que se inició la inspección y se ordenó el registro y la ausencia de delimitación respecto del objeto de investigación, entre otros motivos, y el recurso fue desestimado por sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del País Vasco, de 22 de diciembre de 2016 , que examinó y rechazó todos los motivos de impugnación.

En este caso una Jueza de lo Contencioso Administrativo, competente para ello, en garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la empresa recurrente, dictó un auto de autorización de la entrada y registro, sin que en el recurso de apelación contra dicha resolución se apreciaran motivos de nulidad. Cabe concluir, entonces, que esta resolución judicial es título bastante para la entrada y registro en el domicilio de la empresa recurrente y se ha cumplido con ella la garantía del artículo 18.2 de la CE , sin que pueda apreciarse por tanto la nulidad de pleno derecho por lesión del derecho fundamental invocado".

Como indicábamos, la citada sentencia del Tribunal Supremo se remite a la doctrina fijada en este sentido por la sentencia del Tribunal Constitucional 8/2000.

En la sentencia de 24 de mayo de 2021 concluíamos, a la vista de dicha doctrina, que el artículo 8.6 LJCA otorga efectivamente un mecanismo de control al Juez Contencioso- Administrativo, a los efectos, no sólo de preservar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, sino también, y como presupuesto de éste, el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, erigiéndose en consecuencia dicho mecanismo de control, en un auténtico filtro a efectos de evitar comportamientos arbitrarios de la Administración cuya interdicción viene proclamada ya por el artículo 9.3 de la Constitución y específicamente a través de la necesidad de que la Administración actúe con sometimiento pleno a la ley y al derecho, como expresamente preceptúa el artículo 103.1 de la CE.

Y, por ello, en el análisis de la posible vulneración de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio sí tiene trascendencia que, en el caso concreto, la entrada y registro domiciliario se haya efectuado bajo los parámetros del auto judicial citado por cuanto corresponde al órgano judicial al acordar dicha autorización efectuar, como ya hemos referido, un control de la garantía constitucional analizada teniendo en cuenta los intereses enfrentados con arreglo a parámetros de razonabilidad y de proporcionalidad.

En cuanto a si se cumplen las exigencias legales y reglamentarias de concreción del objeto y finalidad de la inspección, es indudable que lo hasta ahora expuesto no excluye la necesidad de analizar la corrección de la orden en los términos en que lo ha precisado el mismo Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 10 de diciembre de 2014, rec. 4201/2011 UNESA, en la que indica que *"el hecho de haber existido una autorización judicial de entrada y registro en modo alguno impide ni excluye que el órgano jurisdiccional al que corresponde fiscalizar la legalidad de la actuación administrativa que ha sido objeto de impugnación -en este caso la Orden de inspección- enjuicie ésta en su integridad".*

En este sentido, la alegación esencial de la parte actora es que en la orden de investigación solo se invocan razones genéricas e indeterminadas porque no se menciona ningún indicio relacionado con la actuación



concreta de las recurrentes que pudiera justificar la entrada y el registro domiciliario en su sede, ni tampoco se indica que datos concretos pretendan obtenerse en ese registro de tal modo que, según la actora, esa indefinición vulnera la garantía constitucional invocada, con infracción además de lo establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

Por tanto, corresponde ahora a esta Sala analizar si en la orden de investigación cuestionada apreciamos criterios de razonabilidad y de proporcionalidad que permiten concluir que la garantía constitucional invocada se ha respetado al exigir la entrada y el registro domiciliario acordado.

Como advertíamos en la sentencia de 15 de diciembre de de 18 de julio de 2016, rec. 136/2014, la CNMC está obligada a indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar.

Y para entender cumplida esta obligación, la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

- a) Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completar las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar 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; y,
- b) La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la entonces Comisión Nacional de la Competencia.

También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.

Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones. En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

Sin embargo, 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 las inspecciones 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 supuesto, la orden especifica en primer lugar el mercado relacionado con las supuestas prácticas anticompetitivas que resultarían de la información que obraba en poder de la Dirección de Competencia, aludiendo así al mercado de mensajería y paquetería comercial, constituida por los servicios urgentes de envío de documentos y paquetes de tamaño pequeño destinados a empresas a nivel nacional e internacional.

Y precisa, como ya hemos destacado, las conductas anticompetitivas que podrían deducirse de la citada información, refiriéndose a un acuerdo de reparto de clientes entre empresas de dicho sector mediante pactos de no agresión.

Del examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que deben ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de acuerdos dirigidos al reparto de clientes, mediante pactos de no agresión, entre empresas mensajería y paquetería comercial, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

Para valorar si de este modo se satisfacen las exigencias de claridad y concisión a las que se condiciona la validez de la orden, es preciso partir de la interpretación que de esta cuestión ha hecho la jurisprudencia europea reflejada, entre otras, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 2007, France Télécom España, asunto T-339/04, en la cual precisa los conceptos jurídicos del objeto y finalidad de la inspección en los siguientes términos:

"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)".

A la vista de la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA), entendemos que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el procedimiento sancionador y aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, por cuanto, como señala dicha sentencia en su párrafo 60, *"Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, 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"*.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal General en la sentencia de 28 de abril de 2010, Asunto T-448/05, caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG, en cuyo apartado 336 dice: *"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)"*.

Y también se ha pronunciado en parecidos términos el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de octubre de 2017, recurso casación núm. 1062/2017, donde sostiene que *"... cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE. (...) No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción"*.

En consecuencia, el alcance de la obligación de motivar y de contener información más detallada *"depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia"* (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens).

Por ello, no es correcto sostener que la CNMC debe trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco que debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que están 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 estas, no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial expuesta es aplicable en el presente caso toda vez que la orden de investigación y la necesidad de la inspección y del registro domiciliario se realizó en el curso de una información



previa y reservada al tener la CNMC conocimiento de la posible existencia de una infracción contraria a las normas de competencia. Ello determinó la orden de registro a fin de comprobar la veracidad de la información obtenida y justificar así, en su caso, la incoación del expediente sancionador.

Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en el apartado 40: *"El Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".*

Teniendo presente que la orden impugnada se ha dictado apoyándose en la información y conocimiento obtenidos por la Dirección de Competencia en esa fase previa de investigación, es preciso matizar y relativizar la exigencia de una mayor concreción de los indicios con los que se contaba hasta entonces. Y, en el caso analizado, consta que se han expuesto los elementos fácticos necesarios para la apreciación de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada de entrada y de registro domiciliario en términos que garantizan el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio al haberse concretado, como hemos visto antes al exponer el contenido de la orden, las prácticas, la operativa de la actuación y el momento temporal al que se refieren.

Concluimos por todo ello que, en este caso, la orden de investigación permitía identificar a la entidad afectada cuales eran los elementos esenciales de la investigación que exigían la entrada y registro en su sede, así como conocer con un grado de precisión suficiente el objeto y la finalidad de la inspección; no advirtiéndose tampoco, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la posibilidad de recurrir a un medio menos agresivo para continuar con la investigación pues, como recoge la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Asunto DOW CHEMICAL IBÉRICA, en su apartado 24: *"Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas".* Y como también señala la sentencia del TPI de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en su apartado 40: *"el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".*

DECIMOSEGUNDO.- Procede, en atención a cuanto hemos razonado, la desestimación del recurso, lo que determina la imposición de las costas de esta instancia a la entidad recurrente en aplicación de lo prevenido en el artículo el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Germán Marina y Grimau en nombre y representación de **MBE SPAIN 2000, S.L.** ("MBE") y de su matriz, **MBE WORLDWIDE, SpA** ("MBE WORLDWID") contra la resolución de 8 de marzo de 2018 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0578/16 MENSAJERÍA PAQUETERÍA EMPRESARIAL, mediante la cual se le impusieron cuatro sanciones de multa por importe de 126.970 euros, 420.589 euros, 47.614 euros y 95.228 euros, respectivamente. Resolución que declaramos conforme a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la entidad actora.



La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ